

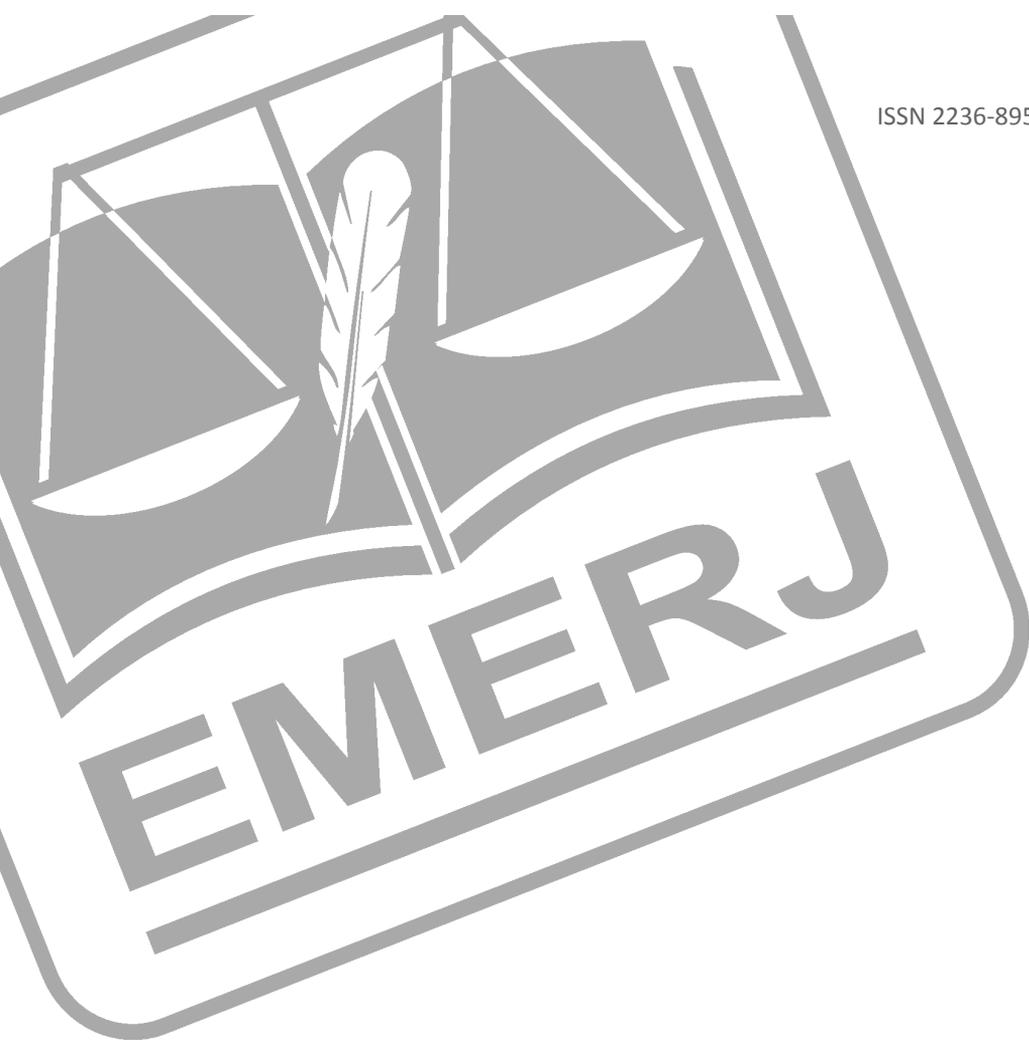
REVISTA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - v. 14 - n. 55 - Julho/Agosto/Setembro - 2011



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 14 - n. 55 - 2011
Julho/Agosto/Setembro

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 14	n. 55	p. 1-290	jul.-set. 2011
----------	----------------	-------	-------	----------	----------------

© 2011 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Jaqueline Diniz (editoração eletrônica) e André Amora (capa); **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

Trimestral.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

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

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

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

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Av. Erasmo Braga, nº 115/4º andar - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20020-903
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha

Sumário

- 6 | Apresentação**
- 7 | A Agenda do Juiz**
Jessé Torres Pereira Junior
- 10 | A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**
Sergio Cavalieri Filho
- 21 | Sobre a Inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor**
Thiago Ferreira Cardoso Neves
- 41 | A Compensação por Dano Moral em Tutela Antecipada no Regime de Responsabilidade Civil Objetiva**
Vitor Guglinski
- 55 | A Incompetência dos Órgãos de Defesa do Consumidor para Multar as Companhias de Transporte Aéreo**
Márcio Vinícius Costa Pereira
- 66 | Notas sobre a Herança Jurídica e Social da Questão Habitacional Brasileira: um Desafio à Aplicação do Direito à Moradia aos Assentamentos Informais**
João Maurício Martins de Abreu
- 87 | A Decisão do STF, o Princípio Constitucional da Igualdade e a Vedação de Discriminação. O Afeto como Paradigma Norteador da Legitimidade das Decisões Judiciais. A Família Contemporânea e sua Nova Formatação**
Mauro Nicolau Junior
- 165 | O Direito Privado à luz da Supremacia da Constituição**
Fábio Anderson de Freitas Pedro

- 179 | O Requerimento de Suspensão de Eficácia de Liminar como Desdobramento do Direito Fundamental do Réu à Tutela Jurisdicional Adequada**
Leonardo Oliveira Soares
- 191 | Principais Inovações quanto aos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais no Projeto do Novo CPCA**
Flávia Pereira Hill
- 215 | Contrato de Leasing de Veículos: Verdades e Mentiras sobre o Valor Residual Garantido (VRG)**
Paulo Gustavo Rebello Horta
Paulo Maximilian
- 240 | Tag Along: uma Análise à Luz da Escola do Realismo Científico**
Jorge Lobo
- 261 | O Panorama Contemporâneo da Execução Penal**
Álvaro Mayrink da Costa
- 271 | Acolher é Proteger, Recolher é Crime**
Siro Darlan
- 278 | Interrogatório Judicial: a Entrevista Prévia e Reservada com Defensor e a Participação das Partes**
Eduardo Francisco de Souza

Apresentação

Com satisfação, apresentamos aos nossos leitores a edição n. 55, da REVISTA DA EMERJ. Em suas páginas, artigos sobre as questões mais interessantes que ocorrem ao Poder Judiciário e acerca das quais, todos nós, magistrados, procuradores, advogados, defensores públicos, precisamos meditar.

Sem sombra de dúvidas, era muito mais fácil ser juiz ao tempo em que, por um processo de subsunção, podiam-se solucionar quase todas as demandas, as quais, em sua grande maioria, referiam-se a direitos individuais. Pensava-se que o ordenamento jurídico era completo, coerente e que tinha todas as respostas.

Em tempos de globalização e de pós-positivismo, não é assim. As demandas que nos chegam são as mais variadas e complexas. A principiologia constitucional, ao albergar conceitos da moral, trouxe dificuldades para as quais não estávamos preparados. Afinal, nossa formação é meramente dogmática. Falta-nos embasamento quanto à zetética jurídica que reúne o conhecimento interdisciplinar em sociologia jurídica, filosofia do Direito, história do Direito, criminologia, política legislativa, teoria geral do Direito, metodologia e lógica jurídica, etc.

Daí a importância das Escolas da Magistratura em proporcionar aos magistrados esses conhecimentos faltantes. Com essa visão, estamos preparando o planejamento de nossos cursos, sendo que já se deu o primeiro passo no que toca ao curso de Especialização em Direito, cuja grade programática, desde o segundo semestre de 2011, contempla alguns desses saberes.

É tempo pois de nossa Revista se abrir a essa realidade e também albergar textos sobre essas multidisciplinas tão importantes para a entrega da jurisdição nos nossos tempos. Com esse propósito, lançamos o desafio aos juristas e estudiosos das ciências afins para que atendam a nossa próxima chamada de artigos, agradecendo a todos os colaboradores e leitores que permitiram a manutenção da Revista neste ano de 2011.

Desembargadora Leila Mariano

Diretora-Geral da EMERJ

A Agenda do Juiz

Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor da EMERJ

A poucos anos de encerrar carreira trintenária na magistratura, começo a pensar em deixar testemunhos, se é que a alguém possam interessar. O primeiro deles é o de que a pauta do juiz, quando se tem dela uma visão retrospectiva (do quase aposentado), é o inverso do que parece ser à visão prospectiva (quando nela se dão os primeiros passos): é antes uma lista de “não posso” do que uma agenda de “posso”, ou seja, antes dever do que poder. Eis a lista do que o juiz não pode, no exercício de suas funções:

- não pode escolher dia, hora, nem caso, segundo o seu teor de elegância ou desafio técnico, para resolver os conflitos que lhe são apresentados, porque os conflitos humanos não têm hora, nem lugar certo, nem conteúdo preferencial para explodir, e do juiz a sociedade espera que resolva aqueles para os quais as pessoas não encontraram uma solução aceitável, ou não lograram controlar os seus efeitos negativos, que chegam ao juiz sob a forma de liminares, medidas cautelares e tutelas antecipadas, durante o expediente ou fora dele, em dia útil, fim de semana ou feriado;

- não pode retardar essa solução, nem apressá-la, porque, para cada caso, haverá uma solução adequada, e o tempo para encontrá-la também variará a cada caso, sem contar as urgências que podem comprometer a salvaguarda, no presente, de direitos a serem reconhecidos no futuro quanto à liberdade e ao patrimônio material ou moral daqueles que batem às portas do Judiciário;

- não pode hierarquizar os conflitos a resolver, porque aos envolvidos o conflito sempre parece ser enorme, quase uma questão de vida, morte, sobrevivência ou honra, ou tudo ao mesmo tempo;

- não pode generalizar o mal, nem descrever do bem, porque em cada conflito eles estarão entremeados, e se espera que o juiz tenha conhecimento e sabedoria para distingui-los, ainda que ocultos sob os mais variados disfarces e enevoados por circunstâncias, previsíveis ou inopinadas;

▪ não pode hierarquizar interesses segundo quem deles seja o titular, porque o juiz é juiz de todos, ricos e pobres, humildes e poderosos, crianças, jovens e idosos, públicos e privados, individuais e coletivos, de repercussão larga ou restrita;

▪ não pode imaginar-se superior em importância a outros profissionais, porque, se é verdade que recebe da sociedade a incumbência de julgá-los a todos em suas mazelas, erros e fraquezas, vitórias e derrotas, também ele, juiz, porta a mesma natureza de todos aqueles a quem julga, e melhor os julgará se puder entendê-los e respeitá-los em seus pontos fracos e fortes;

▪ não pode supor-se um ser superior em formação, virtude ou inteligência, porque, ainda que as tenha em dose generosa, de nada valerão se não colocadas a serviço do ofício de julgar com justiça, ou seja, são ferramentas, não fins em si mesmos;

▪ não pode postular prerrogativas que não sejam aquelas estritamente necessárias ao exercício da autoridade inerente ao ofício de julgar, do qual decorrem decisões impositivas para as partes (prender ou soltar, mandar pagar ou não pagar, obrigar a fazer ou a não fazer, a dar ou a não dar), porque o reconhecimento dessa autoridade pela sociedade não advém, propriamente, das prerrogativas do cargo, mas da sabedoria e da discricção com que são exercidas, e esse reconhecimento é o único que se traduzirá em respeito e acatamento;

▪ não pode pretender auferir vantagens que a nenhuma outra profissão é garantida, porque, embora a sua função seja fundamental para a paz social, todas as outras têm um relevante papel social a cumprir – faxinar, curar, administrar, assistir, entreter, informar, comunicar, fabricar, comercializar, apoiar, negociar, assegurar - e movem o mundo, sem o qual, com os seus conflitos inerentes (e cada vez mais disseminados e plúrimos), juízes não seriam necessários;

▪ não pode sacrificar a si próprio, a sua família e a sua saúde com jornadas excessivas ou intemperantes, porque equilíbrio e ponderação é o mínimo que se espera do juiz, inclusive quanto à gestão de sua própria vida privada, equilíbrio e ponderação indispensáveis a que cumpra bem o ofício de julgar.

Diante de tantas restrições, é admirável que ainda exista quem queira ser juiz. A sociedade há de lhe ser reconhecida, desde que nele ou nela veja alguém que diga o direito e distribua a justiça não como atributo

de uma inexistente superioridade, mas como missão que alguns devem desempenhar a serviço de todos, sujeitos às mesmas vicissitudes e limitações da alma humana, tanto quanto reclamam respeito à sua dignidade como pessoas. ❖

A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado

Sergio Cavalieri Filho

Desembargador (aposentado) do TJERJ e Procurador-Geral do TCERJ

1 - A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

A responsabilidade objetiva conquistou e consolidou expressivo espaço no Direito brasileiro, mormente a partir do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Código Civil de 2002; chegou primeiro, entretanto, na responsabilidade civil do Estado, que é objetiva, desde a Constituição de 1946. Nem por isso o tema se mostra exaurido na sua complexidade; muitos aspectos remanescem controvertidos, entre os quais aquele que nos propomos abordar.

1.1 - O § 6º do Artigo 37 da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado no § 6º do seu artigo 37, que tem a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.”

1.2 - Acolhimento da Teoria do Risco Administrativo

O exame desse dispositivo revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos *danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*. A expressão *seus agentes, nessa qualidade*, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do *risco administrativo* como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a *teoria do risco integral*, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao *dano decorrente da sua atividade administrativa*, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade não há como e nem porque responsabilizá-lo objetivamente.

Em voto paradigma prolatado no início da década de noventa (RE nº 130.764-PR, 1992), pontificou o Ministro Moreira Alves: “A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da Emenda Constitucional nº 1/69 (e, atualmente, no § 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.”

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Essa teoria surge como expressão concreta dos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública.

Com efeito, se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa.

Em suma, “o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros Editores, p. 866).

Nesta fase, descarta-se qualquer indagação em torno da culpa do funcionário causador do dano, ou, mesmo, sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. Responde o Estado porque causou o dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.

1.3 - Relação entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o dano

Nesse terreno, a única questão que ainda enseja certa dificuldade é a que diz respeito à **relação que deve existir entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o dano**. Terá o ato que ser praticado durante o

serviço, ou bastará que seja em razão dele? De acordo com a essência de vários julgados, o mínimo necessário para determinar a responsabilidade do Estado é que **o cargo, a função ou atividade administrativa tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito.**

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano.

Em suma, haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro.

Em acórdão da relatoria do eminente Ministro Carlos Mario Velloso, no RE 160.401 – SP, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal assim se posicionou sobre a questão: “Constitucional – Administrativo – Responsabilidade civil do Estado – Constituição Federal, art. 37, § 6º - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, *não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da Constituição Federal não exige que o agente público tenha agido no exercício das suas funções, mas na qualidade de agente público*”(RTJ 170/631).

Não basta, portanto, para emergir a responsabilidade do Estado, que o ato ilícito tenha sido praticado por agente público. É também preciso que a condição de agente estatal tenha contribuído para a prática do ilícito, ainda que simplesmente **proporcionando a oportunidade ou ocasião para o comportamento ilícito. A contrario sensu, o Estado não poderá ser responsabilizado se o ato ilícito, embora praticado por servidor, este não se encontrava na qualidade** de agente público.

Mais recentemente, no RE nº363423/SP, Relator o Ministro Carlos Brito, o Supremo Tribunal Federal voltou a posicionar-se nesse sentido.

Cuidava-se de um policial militar, em período de folga, que, vivendo momento de desacerto sentimental com a mulher com a qual mantinha relacionamento amoroso e sentindo-se desprezado por ela, utilizou-se da arma da corporação e contra ela desferiu tiros. Os Ministros que integram a Primeira Turma do STF, após judiciosas considerações sobre o caso, decidiram unanimemente: “Responsabilidade Civil do Estado. Lesão Corporal. Disparo de Arma de Fogo Pertencente à Corporação. Policial Militar em Período de Folga. Nessa contextura, **não há falar em responsabilidade civil do Estado**. Recurso extraordinário conhecido e provido”. Da motivação do voto do eminente Relator, Ministro Carlos Brito, colhem-se os seguintes fundamentos: “Não vislumbro, na espécie, o indispensável nexos de causalidade entre a conduta do policial e o dano sofrido pela mulher: ele não estava no exercício de sua atividade funcional, nem dessa condição se arvorou para agredir a mulher; não estava em missão policial, nem agia, em período de folga, em defesa da sociedade. Sua conduta estava impregnada de sentimento pessoal: o sentimento que nutria pela mulher. Moveu-o exclusivamente a sua singularidade pessoal. Não praticou qualquer ato administrativo e, por estar a conduzir bem ou mal sua vida pessoal, seus interesses privados, seu deslize emocional, o desequilíbrio de sua conduta não autorizam impor-se ao Estado o dever de indenizar a vítima, sob o fundamento de estar patenteada a sua responsabilidade objetiva, e tão-só porque sua profissão é de servidor público policial militar, tendo ele se utilizado de arma da corporação para agredir aquela com quem mantinha relacionamento amoroso”.

“Os fatos incontroversos constantes dos autos não demonstram qualquer nexos de causalidade entre o dano sofrido e o serviço público do qual é agente, fora de sua vida privada, o policial. O Estado não pode responder por dano causado por alguém que não é seu agente ou que, embora o seja, não esteja, quando da prática do ato que deu causa ao dano, no desempenho das atribuições do seu cargo, função ou emprego público. Francisco Campos, referira já hipótese em que um agente postal, defrontando com um seu desafeto, no guichê do correio, desfecha-lhe um tiro. O ato não pode ser atribuído ao mau funcionamento do serviço e, muito menos, ao seu funcionamento normal. Trata-se de ato inteiramente pessoal, inimputável ao serviço. Assim, não atuando o agente público **nessa qualidade**, o dano que causar a terceiro decorre de sua vida privada e sua responsabilidade é pessoal, regida pelo direito civil.”

2 - A QUESTÃO DA BALA PERDIDA

É por esse enfoque que deve ser examinada e resolvida a questão da bala perdida que, no Rio de Janeiro, tem sacrificado centenas de pessoas. No confronto entre policiais e bandidos, pessoas inocentes são atingidas. Deve o Estado responder nesses casos? A resposta é indiscutivelmente positiva porque o dano (morte ou ferimento de um transeunte) teve por causa a atividade administrativa. Em que pese o entendimento em contrário, é desnecessário saber se a bala partiu da arma do policial ou do bandido; relevante é o fato de ter o dano decorrido da ação desastrosa do Poder Público.

A responsabilidade civil do Estado, repita-se, é objetiva pelo risco da atividade. Terá o Poder Público que exercê-la, portanto, com a absoluta segurança, mormente quando extremamente perigosa, como é a atividade policial, de modo a garantir a incolumidade dos cidadãos. Destarte, sempre que o dano resultar da atividade estatal, haverá o dever de indenizar objetivamente. Se a vítima foi atingida na troca de tiros entre policiais e bandidos, não há dúvida de que a ação dos agentes contribuiu de forma decisiva para o evento, pelo que indiscutível o dever de indenizar do Estado.

Só não haverá esse dever de indenizar nos casos de bala perdida mesmo, isso é, aquela que não se sabe de onde veio, de onde partiu, que não guarda nenhuma relação com a atividade policial.

A jurisprudência, por sua vez, já tem entendimento firmado nesse sentido: “Responsabilidade Civil do Estado. Danos Materiais e Morais. Ação Policial. Perseguição em Via Pública. Vítima Atingida por Projétil de Arma de Fogo. **Bala perdida**. Indenização por Danos Morais e Materiais. Configuração (...) O ponto central de controvérsia nos autos se concentra na existência ou não de responsabilidade civil do Estado quando agentes públicos (policiais militares), empreendendo perseguição a bandidos, com estes trocam tiros em via pública de alto tráfego de veículos e pedestres, resultando, desse tiroteio, lesões de natureza grave em terceiro, vítima inocente (...) A responsabilidade civil do Estado, pelos danos causados a terceiros, decorrentes da atuação dos agentes públicos, nessa qualidade, é objetiva” (REsp 1056605–RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma do STJ).

3 - A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é sempre objetiva? Subsiste no Direito brasileiro alguma hipótese de responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público? Acerca desta questão temos hoje três correntes distintas.

Sustenta a primeira que, após o advento do Código Civil de 2002, não há mais espaço para a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público porque o artigo 43 do novo Código Civil, que praticamente repete o teor do artigo 37, § 6º da Constituição, trouxe à legislação civil infraconstitucional a teoria do risco administrativo para embasar a responsabilidade civil do Estado, revogando o artigo 15 do Código Civil de 1916 que servia de suporte legal para a responsabilidade subjetiva. Assim, quer pela ausência de norma legal neste sentido, quer em razão de regras explícitas e específicas em sentido contrário, que determinam a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco, não haveria mais espaço para sustentar a **responsabilidade subjetiva** das pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido, por todos, a doutrina de Flávio Willeman – **Responsabilidade das Agências Reguladoras**, Lumen Juris, 2005, p. 2 e sg.

A segunda corrente, capitaneada pelo festejado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros Editores, ps. 871-872), sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma *omissão* do Estado. Pondera que nos casos de omissão, o Estado não agiu, não sendo, portanto, o causador do dano, pelo que só estaria obrigado a indenizar os prejuízos resultantes de eventos que teria o dever de impedir. Aduz que “a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que constituía em dada obrigação”.

Integramos a corrente intermediária, para a qual a **responsabilidade subjetiva** do Estado, embora não tenha sido de todo banida da nossa ordem jurídica, só tem lugar nos casos de *omissão genérica* da Administração, como haveremos de expor, e não em qualquer caso de omissão, conforme sustenta a segunda corrente.

Com efeito, o fato de não ter sido reproduzido no Código Civil de 2002 o artigo 15 do Código Civil de 1916 não permite concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado foi banida de nossa ordem jurídica. A responsabilidade subjetiva é a regra básica, que persiste independentemente de existir ou não norma legal a respeito. Todos respondem subjetivamente pelos danos causados a outrem, por um imperativo ético-jurídico universal de justiça. Destarte, não havendo previsão legal de responsabilidade objetiva, ou não estando esta configurada, será sempre aplicável a cláusula geral da responsabilidade subjetiva se configurada a culpa, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

A regra, com relação ao Estado, é a responsabilidade objetiva fundada no *risco administrativo* sempre que o dano for causado por agente público nessa qualidade, sempre que houver relação de causa e efeito entre a atuação administrativa e o dano. Resta, todavia, espaço para a responsabilidade subjetiva nos casos em que o dano não é causado pela atividade estatal, nem pelos seus agentes, mas por fenômenos da natureza – chuvas torrenciais, tempestades, inundações – ou por fato da própria vítima ou de terceiros, tais como assaltos, furtos acidentes na via pública etc. Não responde o Estado objetivamente por tais fatos, repita-se, porque não foram causados por sua atividade; poderá, entretanto, responder subjetivamente com base na **culpa anônima ou falta do serviço**, se por omissão (genérica) concorreu para não evitar o resultado quando tinha o dever legal de impedi-lo.

3.1 - Omissão específica e genérica

Como vimos, para uma prestigiada corrente a responsabilidade do Estado é sempre subjetiva no caso de omissão. “Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo” (Celso Antônio Bandeira de Mello - Elementos de Direito Administrativo, 2ª ed., RT, p. 344).

Em nosso entender, o artigo 37, § 6º da Constituição não se refere apenas à *atividade comissiva* do Estado; pelo contrário, a ação a que alude

engloba tanto a conduta comissiva como omissiva. E tal entendimento encontra respaldo em inúmeros precedentes da Suprema Corte: “Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, **por ação ou por omissão (CF, art. 37, §6º)**. Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere **à ação quanto no que concerne à omissão do agente público** – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la..., não importando que se trate de **comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão)** daqueles investidos da representação do Estado”... (AI 299125/SP, Relator Ministro Celso de Mello). Por isso temos sustentado que, no caso de omissão estatal, é preciso distinguir a *omissão específica da genérica*, distinção essa hodiernamente reconhecida pela melhor e mais atualizada doutrina. A responsabilidade do Estado será subjetiva no caso de omissão genérica e objetiva, no caso de omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.

Haverá **omissão específica** quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. São exemplos de omissão específica: morte de detento em rebelião em presídio (Ap. Civ. 58957/2008, TJRJ); suicídio cometido por paciente internado em hospital público, tendo o médico responsável ciência da intenção suicida do paciente e nada fez para evitar (REsp. 494206/MG); paciente que dá entrada na emergência de hospital público, onde fica internada, não sendo realizados os exames determinados pelo médico, vindo a falecer no dia seguinte (Ap. Civ. 35985/2008, TJRJ); acidente com aluno nas dependências de escola pública – a pequena vítima veio a morrer afogada no horário escolar, em razão de queda em bueiro existente no pátio da escola municipal (Ap. Civ. 3611/1999, TJRJ). Em suma, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obriga a agir para impedir o resultado danoso.

Em contra partida, a **omissão genérica** tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva. São exemplos de omissão genérica: negligência na segurança de balneário público – mergulho em lugar perigoso, conseqüente tetraplegia; o infortúnio ocorreu quando a vítima, aos 14 anos, após penetrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou de cabeça em ribeirão de águas rasas, o que lhe causou lesão medular cervical irreversível (REsp.418713-SP); queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação, o que evidencia a culpa anônima pela falta do serviço (Ap. Civ. 4846/2008, TJRJ); estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei – *faute du service public* caracterizada; a omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão (REsp. 409203/RS); poste de ferro com um sinal de trânsito cai sobre idosa no calçadão de Ipanema – a base de metal que sustentava o sinal estava bastante enferrujada e acabou quebrando com o apoio da idosa (Globo, 12/07/2010)

Como se vê, na omissão genérica, que faz emergir a responsabilidade subjetiva da Administração, a inação do Estado não se apresenta como causa direta e imediata da não ocorrência do dano, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido.

3.2 - Fatos da natureza

Em se tratando de fatos da natureza, a jurisprudência, aplicando tais princípios doutrinários aos casos concretos, dos mais variados matices, definiu-se através de uma orientação uniforme, de que nos dá notícia Yussef Said Cahali, após analisar o conjunto abrangente de acórdãos de nossos Tribunais: **“A Administração Pública será responsabilizada** pela reparação dos danos sofridos pelos particulares, provocados por eventos inevitáveis da Natureza (chuvas torrenciais, inundações, alagamentos,

desmoronamentos), **desde que, por sua omissão ou atuação deficiente, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis (ou as realizando de maneira insatisfatória), poderia ter evitado a causação do prejuízo, ou atenuado as suas consequências” (Responsabilidade Civil do Estado, Malheiros Editores, 2ª ed. P. 58).**

Cahali arremata dizendo que, embora a *razoabilidade* dependa de prudente arbítrio do Poder Judiciário, a ser aplicado caso a caso, nesse conceito precípua reside o núcleo da perquirição da responsabilidade pública, de modo a concluir se a omissão ou atuação deficiente figurou como *causa* exclusiva ou concorrente do dano.

4 - CONCLUSÃO

Em conclusão, quando não se pode exigir do Estado uma atuação específica, tendo este, entretanto, um dever genérico de agir, e o serviço não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente, haverá *omissão genérica*, pela qual responde a Administração subjetivamente com base na culpa anônima; quando o Estado tem dever específico de agir e a sua omissão cria a situação propícia para a ocorrência do evento danoso, em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo, haverá *omissão específica* e o Estado responde objetivamente.

O corolário dessa doutrina é o acórdão do Supremo Tribunal Federal, verdadeiro *leading case* no tema, em que se decidiu que o Município do Rio de Janeiro omitiu-se especificamente no seu dever de garantir a incolumidade física de alunos de sua rede pública de ensino, a partir de quando os mesmos ingressam no recinto escolar. Na ocasião, condenou a municipalidade a ressarcir danos decorrentes de ferimento que cegou um aluno, provocado por seu colega, durante o horário escolar e dentro do estabelecimento de ensino público.

Vale, pela importância, reproduzir algumas passagens do voto do eminente relator, o Ministro Celso de Mello: “As circunstâncias do presente caso – apoiadas em pressupostos fáticos soberanamente reconhecidos pelo Tribunal *a quo* – evidenciam que o nexo de causalidade material restou plenamente configurado em face do **comportamento omissivo** em que incidiu o agente do Poder Público (funcionário escolar), que se absteve de adotar as providências reparatórias que a situação estava a exigir. Na realidade consta dos autos que, por **incompreensível omissão administrativa, não só deixou de ser solicitado e prestado imediato**

socorro médico à vítima, mas, também, absteve-se a própria administração escolar de notificar os pais da aluna atingida, com a urgência que o caso requeria. É preciso enfatizar que o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, **assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico,** sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno, os quais, muitas vezes, decorrem da inércia, da omissão ou indiferença dos servidores estatais. A obrigação de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontram no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno – tal como no caso ocorreu – emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob guarda, atenção, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares” (RE 109615-RJ – RTJ nº 163/1107-1114).

Como se vê, o Pretório Excelso concluiu pela responsabilidade objetiva da municipalidade fulcrado na obrigação que os agentes públicos tinham de proteger a incolumidade física dos estudantes. O descumprimento desse dever constitui a *omissão específica, que dá ensejo à obrigação de indenizar pelo critério objetivo*. Só no caso de omissão genérica emerge a responsabilidade subjetiva do Estado. ❖

Sobre a Inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor

Thiago Ferreira Cardoso Neves

Professor da EMERJ e dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela EMERJ. Advogado do Escritório Sylvio Capanema Advogados Associados.

1. INTRODUÇÃO

A inversão do ônus da prova é uma benesse processual concedida ao consumidor quando litiga com os fornecedores, facilitando o convencimento do julgador, em seu favor, quando da resolução dos conflitos. Dúvidas poderiam surgir acerca da validade de tal benefício aparentemente anti-isonômico. Entretanto, ver-se-á que esse tratamento diferenciado decorre da própria condição peculiar do consumidor perante os fornecedores, que se tornou ainda mais diferenciada com a expansão do consumo.

O crescimento da população e o desenvolvimento da sociedade acarretaram uma maior demanda por produtos e serviços. A Revolução Industrial e a produção de bens em larga escala são frutos da exigência do mercado em atender essas necessidades.

De lá pra cá esses métodos de produção se desenvolveram de forma assombrosa, permitindo a satisfação de consumidores de todo o planeta.

Todavia, esse crescimento em progressão geométrica, e em velocidade surpreendente, trouxe consequências inexoráveis ao processo produtivo, exurgindo falhas das quais os produtores de bens e serviços não lograram êxito em obstar, haja vista que a velocidade de desenvolvimento dos produtos e da sua produção em massa não foi a mesma aplicada à qualificação desses meios produtivos.

A consequência é a falha no processo de produção e a impossibilidade de se exercer um controle infalível sobre cada bem individualmente produzido.

Outro aspecto destacável que decorre desse crescimento exponencial da população e da cadeia de consumo é a separação das figuras do comerciante e do produtor, em que aquele exerce uma atividade de distribuição dos produtos fabricados, uma vez que se tornou impossível para o fabricante concentrar as suas funções com a de distribuidor.

Vê-se, pois, que o caminho entre o produtor e o consumidor tornou-se mais longo, possibilitando a ocorrência de falhas nessas relações intermediárias até a chegada dos bens produzidos ao seu destinatário final.

Frise-se que os produtos fabricados em larga escala passaram a ser distribuídos de forma lacrada, o que dificultou, ainda mais, o controle sobre a qualidade e perfeição do processo produtivo, isso porque essa forma de acondicionamento e distribuição dos bens obsta eventual fiscalização pelo intermediador – o comerciante –, bem como pelo consumidor.

Além de todas essas falhas, o destinatário final, que não detém meios econômicos e técnicos para efetuar o aludido controle, ainda ficava à mercê dos grandes produtores e comerciantes, ante a falta de uma tutela específica do ordenamento jurídico.

Inúmeros são os exemplos de lesões causadas aos consumidores em razão de defeitos no desenvolvimento de produtos e sua consequente distribuição, irresponsável, em massa.

Não custa ser lembrado o famoso caso da Talidomida, medicamento utilizado por gestantes nas décadas de 1950 e 1960, que ocasionou deformidades irreversíveis aos fetos.

Como salienta o emérito professor e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Sergio Cavalieri Filho, um único defeito de concepção ou fabricação de produtos produzidos em série pode gerar riscos e danos para um número incalculável de indivíduos, aquilo que ele denominou de riscos de consumo, riscos em série, ou riscos coletivos¹.

Diante desses fatos, viu-se o consumidor em flagrante desvantagem perante os fornecedores, isso porque a massificação da produção e do consumo tornou os produtores e comerciantes econômicos, técnicos e juridicamente mais fortes.

A superioridade econômica decorre dos lucros astronômicos a que passaram a obter os fornecedores.

1 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas. 2008, p. 03.

Quanto à vantagem técnica, são os fornecedores os detentores dos meios de produção e do conhecimento das técnicas de fabricação, que se desenvolveram ainda mais, bem como a correta compreensão acerca da utilização e funcionamento dos próprios produtos por eles fornecidos.

No que tange à supremacia jurídica, ela decorre da larga experiência adquirida pelos fornecedores nos milhares de embates jurídicos travados contra os consumidores em juízo, sendo esses últimos, tão somente, litigantes eventuais.

Diante de tamanha desigualdade, foi necessária a criação de um regramento próprio para a proteção do consumidor em evidente desvantagem.

O constituinte de 1988, atento a todas essas questões, trouxe para o legislador ordinário o dever de produzir um sistema protetivo próprio dos consumidores, que se materializou, dois anos após a promulgação da Carta Magna, com a Lei nº 8.078/90.

As inovações trazidas pelo diploma consumerista revolucionaram o ordenamento então vigente. A previsão expressa da responsabilidade objetiva e a imposição da boa-fé objetiva como cláusula implícita em todos os contratos, garantias essas posteriormente incorporadas e consagradas no Código Civil de 2002, bem como a regra processual da inversão do ônus da prova, são exemplos da mudança paradigmática do direito brasileiro anteriormente contaminado por ideias individualistas, consagradoras do absolutismo do direito de propriedade, da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

No campo do direito material, inúmeras foram as inovações do Código de Proteção e Defesa do Consumidor como, por exemplo, a previsão do direito à informação clara e transparente, o direito à reparação por danos sofridos por fatos do produto e do serviço, o direito à substituição do produto, devolução do preço pago ou abatimento do preço nas hipóteses de vício do produto, bem como o direito ao cumprimento das ofertas.

No campo do direito processual também não foram poucas as novidades trazidas pelo diploma protetivo, como, por exemplo, a alteração da regra geral de competência de foro para facilitar o exercício do direito de ação pelo consumidor, que pode optar por ajuizar a demanda no foro de seu domicílio.

Contudo, a regra de grande relevância para a concretização do exercício desse direito constitucional de ação é a inversão do ônus da prova. Isso porque, todos os atos do processo nada mais são do que um desdobramento desse direito, e de nada adiantaria ao consumidor ter o direito de ajuizar a ação no foro de seu domicílio se não tivesse meios de produzir a prova para a demonstração do seu direito material. O exercício desse direito de ação, apenas com a alteração da regra de competência, seria ineficaz.

Portanto, a garantia processual prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor é de grande importância para a manutenção do próprio sistema introduzido pela Lei nº 8.078/90, haja vista que, sem ela, dificilmente seria possível reconhecer a existência do direito material alegado pelo consumidor.

Não obstante, essa benesse processual não é incondicional, ou seja, para ser aplicada devem ser observadas algumas condições, requisitos imprescindíveis sem os quais a sua aplicação não atenderá aos fins a que se destina.

Além disso, é imperioso o exame da natureza da inversão do ônus da prova, bem como do momento em que deve ser empregada, e se ela é, ou não, obrigatória.

Por essa razão, impõe-se o exame minucioso dessa regra imprescindível à tutela do consumidor inserida pelo legislador ordinário.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito do Consumidor tem fonte constitucional, como se depreende da leitura do artigo 5º, XXXII, da Lei Fundamental, que dispõe que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, bem como se infere do artigo 170, V, que prevê que a ordem econômica deve observar o princípio da defesa do consumidor.

Vê-se, pois, que o constituinte de 1988 não estava alheio às transformações sociais. Todavia, conferiu ao legislador ordinário o dever de criar os mecanismos para a defesa do consumidor.

Não obstante a previsão constitucional, insculpida no artigo 5º, § 1º, de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o inciso XXXII do mesmo artigo 5º e o art. 170 da Magna Carta consistem em normas de eficácia limitada de princípio programático, uma vez que “são traduzidas no texto supremo apenas em

princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários²”.

Então, essas normas reclamam a elaboração de uma lei que lhes dê eficácia plena, sem a qual não será atendida a vontade do constituinte.

No caso especial da norma do artigo 170 que inaugura o Título VIII da Carta Política, pretendeu o constituinte, através da intervenção na ordem econômica, assegurar a todos uma existência digna, em observância ao postulado normativo da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, promovendo a justiça social.

Estava o constituinte consciente da posição do consumidor na sociedade, bem como da inexistência da sua proteção no ordenamento pátrio.

A lei vigente, até então, era o ultrapassado Código Civil de 1916, com o seu ranço individualista, jamais voltado à tutela da coletividade ou de uma determinada classe.

Presentiu o constituinte que era necessário reformular essa visão individualista do *Digesto* brasileiro e que, diante de um sistema legal que ainda não gozava de estabilidade e segurança, essa reformulação devia ser iniciada pelo próprio texto constitucional.

Também consciente da contumaz inércia e morosidade do Poder Legislativo, e temeroso de que outros interesses pudessem inviabilizar, ou até mesmo suplantar, a concretização da defesa do consumidor, estipulou o constituinte, no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o ADCT, um prazo de 120 dias para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

A primeira observação a ser feita é que o constituinte determinou a criação de um código, e um código voltado à defesa de um grupo, pois o denominou de Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, não se trata de um mero código a regular relações de consumo, mas sim um código para a defesa e proteção dos consumidores.

A segunda observação é que, por ser a norma do ADCT desprovida de sanção, o legislador, como não poderia deixar de ser, não observou o prazo previsto constitucionalmente, e só veio a elaborar o diploma protetivo depois de quase 700 dias da promulgação da Lei Fundamental, interstício esse em que, mesmo com a vigência da Constituição, o consu-

2 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 137.

midor ficou à mercê dos fornecedores, tendo em vista que as normas dos artigos 5º, XXXII, e 170 da Constituição não são de eficácia plena.

Quanto à prova, também tem ela fundamento constitucional. Dispõe o artigo 5º, LIV, da Magna Carta que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, bem como prevê o inciso LV, do mesmo artigo 5º, que aos litigantes em processo judicial são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A garantia do devido processo legal é aquela que assegura a todos o direito a um processo previamente previsto em lei, com “garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva”.³

E dúvidas não há de que o direito à produção da prova, ou melhor, a garantia que tem as partes, no âmbito do processo, de provar suas alegações está inserida nesse contexto, tendo em vista que a prova é um instrumento para a obtenção do resultado pretendido pela parte.

A existência de uma fase probatória no processo, seja ela autônoma, como no procedimento comum ordinário, ou concentrado em uma audiência, como no procedimento especial dos Juizados Especiais, é uma demonstração da observância do Devido Processo Legal.

Quanto ao contraditório, é ele costumeiramente tratado como o binômio ciência-possibilidade de manifestação, isto é, através do contraditório confere-se à parte o direito de conhecer todos os fatos que venham a ocorrer durante o curso do processo, garantindo-lhe a oportunidade de se manifestar sobre todos esses acontecimentos.

Todavia, a isso não se resume o contraditório. Consiste ele, em verdade, na garantia constitucional que assegura às partes o direito de influenciar no resultado do processo, ou seja, é através do contraditório que a parte, tendo conhecimento dos fatos processuais, poderá agir, ou até quedar-se inerte, alterando o seu resultado, ou permitindo que o resultado do processo seja mesmo o já previsto.

Apenas com essa conclusão é possível, por exemplo, compreender a constitucionalidade do instituto da revelia. Isso porque, se o réu, regularmente citado, opta por não responder, está exercendo o seu direito de influenciar no resultado do processo. Nessa hipótese, haverá a presunção de veracidade das alegações, o que importará, na grande maioria dos

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 266.

casos, tendo em vista ser apenas relativa essa presunção, no acolhimento da pretensão autoral, salvo se, do fato narrado, não decorrer o direito alegado, ou se a eventual prova trazida aos autos fizer cair por terra a presunção.

A prova, por essa ótica, é um meio que a parte tem de influenciar no resultado do processo, pois influencia o convencimento do julgador acerca da veracidade das alegações deduzidas.

Quanto à ampla defesa, consiste ela no dever que tem o Estado de assegurar à parte a mais ampla e completa gama de instrumentos para o exercício do seu direito de defesa. E dúvidas não há de que a prova é um dos instrumentos de exercício desse direito.

Portanto, não há dúvidas de que o direito à prova assegura o cumprimento do comando constitucional, pois apenas garantindo à parte o direito de provar o que for alegado, estar-se-á prestigiando a garantia da ampla defesa.

E o direito à produção da prova, em prestígio ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, também só pode ser limitado por previsão constitucional, como ocorre no inciso LVI, do art. 5º, da Magna Carta, que veda a obtenção de provas obtidas por meios ilícitos.

Por fim, é imperioso demonstrar que a regra da inversão do ônus da prova é um instrumento para o exercício do direito de ação, que se extrai implicitamente do princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV, da Magna Carta.

Ora, se não é possível à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, isso significa que a todos é assegurado o direito de exigir, em juízo, a proteção de seu direito. E isso ocorre por intermédio do exercício do direito de ação.

Ocorre que, em muitos casos, impossível é ao consumidor produzir a prova de seu direito, ante a sua hipossuficiência, seja técnica, seja financeira.

Então, a inversão do ônus da prova possibilita ao consumidor ir a juízo mesmo sem ter em mãos essa prova. Nesses casos, caberá ao fornecedor produzir a prova da inexistência do direito alegado pelo autor, bem como demonstrar que os fatos narrados não correspondem à verdade.

Caso não existisse a benesse processual, o consumidor, impossibilitado no caso concreto de produzir a prova, não poderia ir a juízo para postular seu direito, haja vista que estaria fadado ao insucesso.

Por essa razão, a inversão do ônus da prova é um instrumento de acesso à Justiça, pois possibilita ao consumidor hipossuficiente ir a juízo mesmo sem ter a prova da existência do seu direito.

Disso se conclui que a regra processual, enquanto instrumento de acesso ao Poder Judiciário através do exercício do direito de ação, é corolário do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

3. ÔNUS DA PROVA

Ônus, segundo o processualista baiano Fredie Didier Jr., “é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação”.⁴ Isso significa que a norma do art. 333 do diploma instrumental brasileiro, que introduz a regra do ônus da prova, não traz uma imposição, ou seja, não tem o autor da ação o dever legal de provar os fatos constitutivos de seu direito, e tampouco tem o réu a obrigação de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Trata-se, meramente, de um encargo, ou seja, uma incumbência onerosa. Todavia, o não cumprimento dessa incumbência poderá trazer consequências indesejáveis a aquele que poderia cumpri-la.

Diz-se que pode trazer consequências indesejáveis, e não que trará necessariamente consequências indesejáveis, porque pode ocorrer da parte não produzir a prova que lhe incumbia e, mesmo assim, lograr êxito na ação proposta.

Isso porque a norma que dispõe sobre o ônus da prova não traz, conforme feliz expressão de Fredie Didier, “regras que distribuem tarefas processuais”.⁵

O significado dessa expressão utilizada pelo douto processualista é que a norma processual não traz deveres jurídicos, mas sim uma solução para a problemática da obrigatoriedade de julgamento mesmo naquelas hipóteses em que não há provas nos autos para o convencimento do julgador.

O brocardo romano *non liquet* significa que determinado pedido não está claro suficiente para ser julgado. Em Roma, podiam os juízes se abster de decidir com base nesse fundamento, ou seja, entendendo o julgador que não havia provas suficientes para o deslinde da questão, desincumbia-se ele do seu encargo de dar uma solução à lide.

4 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 6. ed. Salvador: Jus Podivm. 2006, p. 512.

5 *idem*.

O direito processual brasileiro, contudo, inadmite o *non liquet*, prevendo o artigo 126 do Código de Ritos pátrio que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei.

Questionar-se-ia que a ausência de provas não é o mesmo que lacuna ou obscuridade na lei. Tal questionamento é plausível, no entanto, a ausência de provas não é justificativa para que o juiz se exima de decidir, pois a lei traz uma solução para a hipótese de não haver provas nos autos, que é a regra do ônus da prova.

Não havendo prova nos autos de nenhuma das alegações, buscará o juiz a norma contida no art. 333 do Código de Processo Civil, ou seja, se não há prova dos fatos, observará o julgador de quem era o encargo de produzi-la.

Sendo o encargo do autor, ou seja, incumbindo a ele a prova do fato constitutivo de seu direito, e não havendo provas da existência do direito alegado, outra solução não há que o julgamento de improcedência.

Entretanto, o ônus da prova não consiste em um dever jurídico cujo descumprimento levaria a uma sanção, *in casu*, o julgamento de improcedência do pedido, isso porque se admite o julgamento de procedência mesmo quando o autor da ação não produza a prova do fato constitutivo de seu direito.

A justificativa é que tal prova pode vir aos autos pelas mãos de outro sujeito do processo que não seja o autor da ação. Pode o réu, por um descuido, por exemplo, ou no afã de produzir uma prova favorável a ele, acabar por produzir uma prova que favoreça ao autor.

Nesse caso, acolherá o juiz a pretensão autoral, mesmo não tendo o autor cumprido com o seu ônus de produzir a prova que lhe beneficie.

Se o ônus da prova fosse um dever a ser cumprido pelas partes, teria o juiz, obrigatoriamente, que julgar improcedente o pedido autoral nas hipóteses em que o autor não tenha produzido a prova de seu direito, ou julgar procedente o pedido quando o réu não produza a prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor. Tal conclusão seria, no mínimo, esdrúxula.

Vê-se, pois, que apenas nas hipóteses de ausência de provas é que o juiz observará o *onus probandi*, qual seja, o do autor produzir a prova do fato constitutivo de seu direito, e do réu provar o fato modificativo, extintivo, ou impeditivo do direito do autor.

Há que se ressaltar a lição do emérito processualista carioca, e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o professor Alexandre Freitas Câmara, que sustenta que o ônus do réu não se resume apenas em provar o fato extintivo, modificativo, ou impeditivo do direito do autor, mas também lhe incumbe provar que não existe o fato constitutivo do direito do autor, o que o ilustre professor chama de “ônus da contraprova⁶”.

Segundo o preclaro professor, pode assumir o réu dois ônus: o de provar a inexistência do fato constitutivo do autor, hipótese em que não admite a existência do fato ou, ao admitir a existência do fato, provar que houve causa modificativa, impeditiva ou extintiva.

Conclui-se, pois, que a natureza do ônus da prova é de regra de julgamento, ou seja, o juiz apenas aplicará a regra do ônus da prova no momento de decidir, pois é só nesse momento em que o juiz verificará se há, ou não, provas suficientes para decidir a questão posta em juízo.

Então, cabe ao juiz, no momento de prolatar a sentença, verificar a existência ou não de provas e, verificando a sua insuficiência, expressar a quem incumbia produzi-las, e, assim, julgar favoravelmente àquele que tinha o encargo e dele se desincumbiu, não lhe sendo possível deixar de decidir por ausência de provas ou, como que em uma anedota, julgar a lide empatada e condenar o escrivão nas custas.

4. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

No campo do Direito do Consumidor, outra regra prevalece acerca do ônus da prova, que é aquela prevista no art. 6º, VIII, do diploma consumerista, que determina a inversão do ônus ao se constatar a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, bem como aquelas que determinam a inversão do ônus da prova ao se verificar alguma das situações previstas nos artigos 12, § 3º, 14, e 38.

Não se trata, pois, de exceção à regra do ônus da prova, mas sim de uma regra especial aplicável às relações de consumo que, como já fora explicitado, possui um regime diferenciado ante a vulnerabilidade de uma das partes, o que impõe a aplicação do conceito material de isonomia, ou seja, o tratamento desigual dos desiguais na medida de sua desigualdade.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 378.

Estando o consumidor em uma situação inferior ao do fornecedor, há que se impor ao processo uma regra que facilite o exercício do seu direito, reequilibrando, no âmbito do direito processual, aquela relação que, no âmbito do direito material e no aspecto social, encontra-se em desequilíbrio.

Iniciar-se-á o exame com a regra prevista no art. 6º, VIII, do diploma consumerista, que determina a inversão do ônus ao se constatar a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor.

Assim como ocorre com a regra geral prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, a regra especial do Código de Defesa do Consumidor é uma regra de julgamento, ou seja, o julgador, então, constatando a inexistência de provas para o deslinde da causa, e preenchidos os requisitos da lei, aplicará a inversão do *onus probandi*.

E não poderia ser diferente. O juiz só poderá aferir a existência ou não de provas, bem como a presença dos requisitos autorizadores da inversão, no momento de prolatar a sentença, isso porque é nesse momento que o julgador verificará o mérito da questão, confrontando as alegações autorais com uma possível realidade fática – prova da verossimilhança.

Constata-se, pois, que a regra da inversão do ônus da prova também é uma regra de julgamento, ou seja, é aplicável na sentença, ao contrário do que sustenta grande parcela da doutrina.

Segundo Fredie Didier, a regra de inversão é regra de procedimento, pois não é ela a mesma regra daquela que distribui o ônus da prova. De acordo com seu entendimento, não seria lícito ao magistrado operar a inversão no momento da sentença, pois ocorreria situação peculiar em que o juiz, no mesmo momento, atribuiria o ônus ao réu e lhe negaria a possibilidade de desincumbir-se de seu encargo, tendo em vista já ter ultrapassado a fase probatória⁷.

Contudo, apesar da autoridade do argumento, tal posicionamento não nos sensibiliza. Assim como a regra do ônus da prova em que o juiz constata a necessidade de aplicação apenas na sentença, igualmente a

7 DIDIER. *Op. cit.* p. 515. O professor Rizzato Nunes pactua do mesmo entendimento, argumentando que o juiz precisa se manifestar acerca da presença dos requisitos legais, quais sejam, a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações autorais, que uma vez reconhecidas determinam a inversão. A decisão de inversão, então, deveria ocorrer entre o pedido inicial e a fase saneadora, tendo em vista que a inversão não é automática, não acarretando, então, uma surpresa para as partes. NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 743.

regra da inversão do ônus da prova só pode ser aplicada nesse momento, pois, como já afirmado, é nesse instante que o julgador apreciará as provas para decidir, e verificará a presença, ou não, dos requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que, uma vez presentes, imporão a inversão.

É apenas nesse momento que o julgador verificará se existem ou não provas suficientes para julgar a questão posta pelas partes. Caso se considere como uma regra de procedimento, o juiz deverá examinar as provas antes da fase de instrução, o que, na prática, muitas vezes se mostra inviável, como, por exemplo, no caso dos Juizados Especiais, em que o juiz só tem contato com o processo no momento da audiência de instrução e julgamento, em que, ao final, deverá prolatar a sentença.

Não há que se falar, nesse caso, em surpresa das partes, uma vez que, assim como a regra prevista no Código de Processo Civil, a regra da inversão está prevista em lei, tendo as partes ciência da possibilidade de sua aplicação.

Deverá, então, o fornecedor de produtos e serviços, parte mais forte da relação, e ciente dessa possibilidade, produzir todas as provas necessárias a corroborar as suas alegações, desconstituindo aquelas expostas pelo consumidor em sua inicial.

Por isso, crê-se ser a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, e não de procedimento, com o que também pactua o mestre Kazuo Watanabe:

*“Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado em edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova⁸”.*

8 WATANEBE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover... [et al.]. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001, p. 735.

Questão que envolve grande polêmica é sobre a obrigatoriedade, ou não, da aplicação dessa regra especial.

Têm-se sustentado que, por ser a regra da inversão do ônus da prova *ope iudicis*, ou seja, opera-se pela vontade do juiz, sua aplicação decorreria de critérios de conveniência e oportunidade. São adeptos desse entendimento os especialistas em Direito do Consumidor, a professora Cláudia Lima Marques⁹ e o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o professor José Carlos Maldonado de Carvalho.

Argumenta o citado magistrado que, por ser a regra destinada à formação da convicção do julgador, só pode ela ocorrer por ato próprio do juiz, que verificará a necessidade de sua aplicação segundo regras ordinárias de experiência¹⁰.

Todavia, não obstante o profícuo argumento, não parece ser esse o melhor entendimento. A regra da inversão do ônus da prova insculpida no art. 6º, VIII, do diploma consumerista, não obstante ser *ope iudicis*, é de aplicação obrigatória.

A inversão do ônus da prova é regra de Direito Processual, pois diz respeito ao ônus da produção da prova no âmbito do processo, apesar de estar inserida no rol dos direitos básicos do consumidor.

A norma de processo deve ser lida pelo ponto de vista do juiz, pois visa a regular a sua atividade, que é uma atividade estatal. Por isso, o Direito Processual é ramo do Direito Público. Assim sendo, se o Estado, no processo, é representado pelo juiz, as normas de Direito Processual visam a regular a atividade do julgador.

Por ser ramo do Direito Público voltado à regulação da atividade estatal, o Direito Processual prevê normas de atuação do Estado. Dúvidas não há de que o Estado é a parte mais forte em qualquer relação, seja ela de direito material ou processual, uma vez que o Estado é soberano, e todos a ele devem se subordinar.

Para evitar abusos, ao Estado só é permitido fazer o que a lei expressamente autoriza. Não há espaços para a discricionariedade. Isso nada mais é do que a aplicação do princípio da estrita legalidade, ou seja,

9 Sustenta a emérita professora que é facultado ao juiz inverter o ônus da prova, inclusive nas hipóteses em que a produção da prova for difícil para o fornecedor. BENJAMIN, Antônio Herman V., BESSA, Leonardo Roscoe, e MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 62.

10 CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Direito do Consumidor. Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 48.

o Estado só pode agir quando a lei o permite, e só pode fazer o que a lei o autoriza.

Por isso, em regra, as omissões legais nos ramos de Direito Público consistem em proibições, uma vez que, se não há autorização legal expressa para a prática de determinado ato, o Estado não pode praticá-lo, em observância à estrita legalidade.

Assim, como esclarece o professor Rizzato Nunes, “no processo civil, como é sabido, o juiz não age com discricionariedade (que é medida de conveniência e oportunidade da decisão). Age sempre dentro da legalidade, fundando sua decisão em bases objetivas¹¹”.

Por essa razão, não é dada ao juiz a liberdade de escolher entre a aplicação, ou não, da regra da inversão do ônus da prova. Caberá ao julgador, tão somente, verificar se estão presentes, ou não, os requisitos legais. E uma vez presentes, imperiosa é a inversão do *onus probandi*.

Conclui, assim, o já citado mestre Rizzato Nunes, sustentando que “deverá o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova¹²”.

Vê-se, então, que cabe ao magistrado determinar a inversão, ou seja, ela não decorre diretamente da lei. Daí porque essa inversão é *ope iudicis*, e não *ope legis*. No entanto, a atuação do juiz se limita à verificação da presença dos requisitos legais para determinar a inversão. Ao magistrado não cabe escolha. Presentes os requisitos da lei, determinará ele a inversão.

Há que se analisar, ainda, se os requisitos do artigo 6º, VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor são cumulativos ou alternativos, isto é, se é preciso que se ateste, cumulativamente, a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança das suas alegações para que ocorra a inversão, ou se basta a aferição da presença de um dos requisitos para que se aplique a regra especial.

Antes, deve-se examinar o que significa cada um desses requisitos.

A verossimilhança das alegações, segundo a singela e brilhante lição do saudoso ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Alberto Menezes Direito, é uma *prova de primeira aparência*, “decorrente das re-

11 NUNES. *Op. cit.* p. 738.

12 *ibidem*. P. 739.

gras de experiência comum, que permita um juízo de probabilidade como, por exemplo, a repetição de determinado evento em relação a um certo produto¹³”.

Portanto, para a aferição da verossimilhança, deverá o magistrado verificar se, segundo as regras de experiência comum, a partir, por exemplo, dos acontecimentos do dia a dia, seria provável, ou até possível, que aqueles fatos narrados pelo consumidor possam realmente ter acontecido.

Quanto à hipossuficiência do consumidor, pode ela ser aferida sob o aspecto econômico e técnico.

No primeiro caso, o consumidor não tem meios econômicos de produzir a prova capaz de demonstrar a existência de seu direito. Sua hipossuficiência é financeira.

Já no segundo caso, o consumidor não tem o conhecimento técnico capaz de lhe permitir a produção da prova. É o ocorre, por exemplo, em uma ação ajuizada por um consumidor que adquiriu um automóvel de uma grande montadora e viu determinada peça de seu veículo, mesmo ultrapassado o prazo da garantia, se deteriorar antes do tempo de sua vida útil.

Nesse caso, o consumidor não detém o conhecimento do projeto, das técnicas e do processo utilizado para a fabricação do veículo, bem como daquela determinada peça. Apenas o fornecedor tem meios de produzir essa prova, haja vista que detém o domínio dessas questões.

Assim, sua hipossuficiência é técnica, pois não tem conhecimento técnico para entender o que efetivamente ocorreu no caso, não sendo possível, pois, produzir a prova.

É imperioso ressaltar que basta a presença de um desses aspectos – financeiro ou técnico – para que se caracterize a hipossuficiência, que, no caso, é processual, pois o consumidor não tem condições, financeiras ou técnicas, de produzir aquela prova no processo.

Portanto, o consumidor apenas não será hipossuficiente se, conjuntamente, não se verificar a deficiência econômica e financeira.

Deve-se ressaltar que há opinião no sentido de que a verdadeira inversão do ônus da prova só poderá ocorrer nessa segunda situação, da hipossuficiência do consumidor, uma vez que, na hipótese da verossimi-

13 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao Novo Código Civil. Arts. 927 a 965. V. XIII.* Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 23-24.

lhança das alegações, a situação é distinta, como leciona o já citado mestre Kazuo Watanabe:

“é que o magistrado, com a ajuda das máximas experiências e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato, com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova¹⁴”.

Após o exame dos requisitos, há que se adentrar, efetivamente, na discussão se eles devem ser aferidos cumulativamente ou alternativamente para a determinação judicial da inversão do ônus da prova.

Como se pôde perceber da lição anteriormente transcrita do professor Rizzato Nunes, entende ele que os requisitos são alternativos, ou seja, basta que se constate a hipossuficiência do consumidor, ou a verossimilhança de suas alegações, para que o juiz aplique a regra da inversão do ônus da prova.

Assim também pactua Cláudia Lima Marques, que, em seus escritos, sustenta que a partícula “ou” constante no artigo 6º, VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor¹⁵ não deixa dúvidas de que “a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso¹⁶”.

Mais uma vez ousa-se discordar de tão convincente argumento. Não parece lógico que o juiz possa inverter o ônus da prova apenas com a presença de um dos requisitos, sob pena de ocorrer situações esdrúxulas.

Basta imaginar a hipótese em que o juiz constate a hipossuficiência do consumidor diante da situação concreta apresentada na ação, todavia, os argumentos lançados na inicial são inverossímeis. Poderá o juiz determinar a inversão? Crê-se que não, pois haveria enorme contrassenso em

14 WATANEBE, Kazuo. *Op. cit.* P. 733-734.

15 Lei nº 8.078/90, art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

16 MARQUES. *Op cit.* P. 62.

conferir ao consumidor, provável litigante de má-fé no caso concreto, a benesse prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Estar-se-ia tutelando uma eventual fraude. A regra da inversão do ônus da prova visa a trazer um equilíbrio processual à relação, e não conceder, sem qualquer limite e aferição das circunstâncias, um benefício ao consumidor, trazendo um novo desequilíbrio ao processo, agora em favor da parte que antes era hipossuficiente, e agora passa a ter super poderes.

A situação contrária também seria inadmissível. Imagine-se que o consumidor narre em sua petição inicial fatos verossímeis; no entanto, não é ele hipossuficiente. Ora, haveria flagrante violação ao princípio constitucional da isonomia, isso porque, não obstante serem verossímeis as alegações, o consumidor teria condições de produzir a prova.

Nesse caso, em que o consumidor não é hipossuficiente, ter-se-iam duas partes em condições idênticas, não sendo possível, então, deferir a uma delas a benesse da inversão do *onus probandi*, por acarretar flagrante desequilíbrio na relação processual.

Assim, nessas hipóteses, não poderá o julgador determinar a inversão do ônus da prova, o que comprova que os requisitos legais não são alternativos, e sim cumulativos.

Ressalte-se que a inversão do ônus da prova não é uma garantia de vitória do consumidor na ação proposta. Isto é, a lei não prevê a inversão para que o consumidor logre êxito em sua pretensão. Pretende a lei facilitar a comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado pela parte mais fraca, que, na maioria das vezes, não tem o conhecimento técnico e o acesso aos meios para a produção de determinada prova.

Em muita das vezes pode ocorrer a inversão do ônus e, mesmo assim, o fornecedor ter sucesso em produzir a prova necessária à desconstituição do direito alegado pelo consumidor.

Todavia, a determinação equivocada da inversão acaba por imputar injustamente um ônus, acarretando um prejuízo ao fornecedor, que terá que buscar a prova do fato que desconstrua as alegações autorais, mesmo que inverossímeis, ou diante de um consumidor não hipossuficiente, prova essa que pode até ser impossível de ser produzida pelo fornecedor, ante uma narrativa autoral eventualmente descabida.

Conclui-se, pois, que a regra da inversão do ônus da prova é uma benesse concedida ao consumidor, mas àquele que efetivamente não

tenha condições de produzi-la, e que esteja em juízo para defender, legitimamente, um direito que acredita ter.

Por derradeiro, há que se verificar as demais hipóteses legais de inversão, previstas nos artigos 12, § 3º, 14, § 3º e 38 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Tais hipóteses correspondem à inversão *ope legis* do ônus da prova, ou seja, decorrem diretamente da lei independentemente de decisão do julgador.

A lei prevê que em certos casos, como no de responsabilidade dos fornecedores por danos causados aos consumidores por defeito nos produtos e serviços, ou por vício de informação ou publicidade, caberá ao fornecedor produzir a prova, e não o consumidor, que já ingressará na lide ciente de que não detém esse ônus.

Segundo dispõe o art. 12, § 3º do diploma consumerista, o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não serão responsabilizados pelo fato do produto, ou seja, pelos danos causados ao consumidor pelo defeito do produto, se provarem que: não colocaram o produto no mercado; que, embora colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Então, caberá a esses fornecedores, arrolados no dispositivo, provar algum desses fatos, para que se eximam da sua responsabilidade. Trata-se de prova de excludentes de responsabilidade, as quais são enumeradas taxativamente, ou seja, os fornecedores só se eximirão de responder pelos danos causados pelo produto se provarem alguma dessas causas. Não se admitirá, portanto, a excludente da responsabilidade por nenhuma outra causa.

A hipótese do art. 14, § 3º do diploma consumerista também é de prova de excludente da responsabilidade. Ocorre que, nesse dispositivo, a responsabilidade é por fato do serviço, ou seja, por danos causados ao consumidor por defeito na prestação de um serviço.

Aqui, exige-se o fornecedor do serviço de sua responsabilidade apenas se provar duas causas excludentes: que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; que a culpa seja exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Em relação a essas causas excludentes, cabe uma observação, apesar de não ser esse propriamente o objeto de estudo: o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não admite a exclusão de responsabilidade do fornecedor, ou a mitigação da responsabilidade, por culpa concorrente.

Como afirmado, as causas de exclusão são *numerus clausus*, isto é, taxativas, e o Código não prevê a concorrência de causas. Infere-se, pois, que, havendo concorrência de causas, o fornecedor responderá integralmente, em razão da vulnerabilidade do consumidor. Se para o dano concorreu o fornecedor, não poderá o consumidor, vulnerável, ter a sua reparação minorada.

Por fim, tem-se a hipótese do art. 38 do diploma consumerista, que prevê que o ônus da prova da veracidade e correção da informação, ou comunicação publicitária, cabe a quem patrocina.

Isso significa que o responsável pela divulgação da informação, ou que fez a publicidade do produto ou serviço tem o ônus da prova da veracidade e correção dessa informação ou publicidade.

Então, o fornecedor do produto ou serviço que tem a informação ou publicidade divulgada tem o encargo processual de provar que são verdadeiras e corretas essas informações, bem como deverá manter em seu poder, para fins de prova, toda publicidade e informação divulgada sobre aquele produto ou serviço.

Caso o produto ou serviço não atenda a essa publicidade, deverá demonstrar o fornecedor que esse não atendimento já estava previsto na informação, ou que a publicidade não informava aquilo que alega o consumidor, caso contrário, responderá por eventuais danos causados pela propaganda abusiva ou enganosa.

Há que se frisar, novamente, que nesses três casos a inversão do *onus probandi* decorre do próprio direito material e de determinação expressa da lei – inversão *ope legis* –, bastando que esteja em discussão, no processo, fato do produto ou serviço, bem como vício de informação ou publicidade. Sendo o objeto da ação uma dessas hipóteses, imperativa será a aplicação da regra de inversão do *onus probandi*, independentemente de qualquer apreciação pelo julgador de quaisquer pressupostos ou requisitos.

5. CONCLUSÃO

O que se evidencia é que a regra da inversão do ônus da prova é de grande relevância nas lides travadas entre consumidores e fornecedores, sendo um importante instrumento de proteção dos primeiros, tendo em vista a sua hipossuficiência que, se inexistisse a benesse processual, inviabilizaria o próprio exercício do direito de ação.

Então, a inversão do ônus da prova também é um instrumento de acesso à jurisdição, não sendo apenas legítima, como também tem amparo constitucional.

Ocorre que tal benefício não é assegurado a todos os consumidores indistintamente. Prevê a lei, nos casos em que a inversão ocorre por decisão do julgador, o cumprimento de requisitos que devem ser observados cumulativamente: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do indivíduo.

Preenchidos os pressupostos legais, o consumidor fará jus à inversão do ônus probatório.

Há, ainda, hipóteses em que a lei já determina a inversão, independentemente de decisão judicial ou de cumprimento de requisitos.

A lei, nesse caso, já presume a hipossuficiência do consumidor, razão pela qual está ele dispensado de produzir a prova dos fatos narrados.

São essas, pois, as considerações sobre o tema.❖

A Compensação por Dano Moral em Tutela Antecipada no Regime de Responsabilidade Civil Objetiva

Vitor Guglinski

Advogado em Minas Gerais. Pós-graduado com especialização em Direito do Consumidor.

Por mais que convivamos diariamente com a morte, sabedores de que esse fato jurídico é o marco final de nossa existência, conscientes de que o dia derradeiro chegará, invariavelmente, para todos, tal fenômeno sempre nos choca; a alguns em maior grau, sendo que outros, dotados de certa dose de resignação, ceticismo etc., são atingidos com diferida intensidade.

Quantos não ficam abalados pela morte de um ente querido, de um amigo, ou até mesmo de uma pessoa estranha, até mesmo quando o fim seja esperado?

Inúmeras conjecturas são levantadas, de modo a justificar e buscar conforto diante da cessação da existência humana, especialmente em relação àquelas pessoas que nos são caras. Talvez isso se justifique em razão dos valores que o ser humano agrega à própria existência e à daqueles que o cercam, sendo justamente esses valores que são deixados por quem parte, como maior herança àqueles que permanecem vivos.

Com estas breves considerações, indaga-se: se a morte de uma pessoa, de forma natural, e em alguns casos até mesmo esperada, já é capaz de nos causar enorme abalo, diante da vindoura e permanente privação do convívio e do compartilhamento dos valores que aquela pessoa agregou à nossa existência, o que se dirá em relação àquelas mortes súbitas e violentas, consequentes de acidentes aéreos, de trânsito, àquelas cau-

sadas pela violência urbana, para as quais o Poder Público contribui diária e acintosamente através de suas omissões ou ações canhestras?

Este é o tema que pretendo discutir neste singelo ensaio, a partir da análise de casos concretos, trazendo ao leitor uma construção jurídica envolvendo a viabilidade de provimento jurisdicional, via antecipação dos efeitos da tutela, em razão do incontestável dano experimentado por aqueles cujos entes que lhe são mais caros foram mortos em razão das atividades desenvolvidas por aqueles sujeitos de direito público ou privado, à luz do regime de responsabilidade civil ao qual estes sujeitos se submetem, por força do nosso ordenamento jurídico.

Em síntese, é dizer que, valendo-se das interpretações sistemática e teleológica tanto do direito material quanto do processual, existe a possibilidade plena da fixação de um valor mínimo determinado, em decisão antecipatória dos efeitos da tutela, proferida pelo órgão jurisdicional que vier a apreciar eventual ação envolvendo pedido de indenização por morte, ajuizada em razão de ato ilícito decorrente da violação, seja pelo Estado ou por particulares, dos deveres jurídicos afetos ao desenvolvimento das respectivas atividades.

Contudo, antes de adentrar nas questões processuais envolvendo o assunto, cumpre traçar ligeiras linhas sobre a responsabilidade civil, a fim de que se possa visualizar, sem dificuldades, a viabilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, dentro da proposta deste artigo, lembrando que os casos concretos que serão fornecidos são apenas ilustrativos, com objetivo de facilitar a inteligência do leitor sobre o tema proposto.

Discorrendo sobre a responsabilidade civil, Cavalieri Filho (1998, p. 19-20) nos fornece sua noção:

“A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que quase sempre acarreta dano a outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra da responsabilidade civil é no sentido de que o dever de indenizar deve ser avaliado à luz da verificação de culpa do agente causador do dano. Isto é, devem estar

presentes todos os pressupostos da responsabilização civil, a saber: conduta (ação ou omissão),nexo causal (relação entre a conduta do agente e o resultado danoso) e, finalmente, o dano em si, como resultado naturalístico. Significa dizer, consoante a regra geral, que a alguém só será imputada responsabilidade desde que fique comprovado que o dano foi resultado de conduta dolosa ou culposa, que aquela conduta teve relação direta com o resultado, e que este consistiu na ofensa a bem jurídico de titularidade da vítima, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, sendo que, *in casu*, nos interessa averiguar o dano de natureza moral, desencadeado pela morte de um ente querido.

Na sociedade de massa, contudo, marcada pela velocidade da informação, pelo consumo elevado e desenfreado, pela violência urbana etc., a responsabilidade civil, tradicionalmente fundada na culpa, não mais atendia aos anseios sociais, uma vez que em diversas situações o ônus de provar a culpa do causador do dano era tarefa difícil; em alguns casos, até mesmo impossível, imputada a quem pretendia obter a respectiva indenização, e sendo assim, quem fazia jus à reparação ou compensação, a depender do dano experimentado, acabava suportando o prejuízo, tendo em vista o absolutismo da regra processual no sentido de que quem alega o fato deve prová-lo.

Com vistas nessa dificuldade probatória, a legislação pátria, a nível constitucional, agasalhou a responsabilidade civil objetiva, isto é, aquela em que a vítima, para obter a respectiva indenização, basta provar apenas a conduta do agente (comissiva ou omissiva), o dano experimentado e o nexo causal.

No corpo da CF 88, a responsabilidade objetiva tem seus traços delineados no art. 37, § 6º, da Carta Fundamental e, a nível infraconstitucional, no Código Civil (Lei nº 10.406/02) e, principalmente, no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Eis a regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(omissis)

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

Com vistas na regra acima, passemos, então, a um fato ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, no dia 07/07/2008: a morte trágica de um menino chamado João Roberto Amorim Soares, de apenas 3 anos de idade, que foi alvejado por policiais militares durante uma perseguição a bandidos, tendo os agentes policiais confundido o carro onde a criança se encontrava com o dos criminosos perseguidos. Tal exemplo possibilitará ao leitor visualizar a questão da responsabilidade civil objetiva do Estado.

O episódio em questão, infelizmente, foi apenas mais um que engordou as lamentáveis estatísticas que revelam a calamitosa situação do sistema de segurança pública do Rio de Janeiro. Assistimos diariamente nos telejornais à incompetência das polícias militares, especialmente a polícia fluminense, sendo que, mais trágica ainda é a insegurança vivida pela população, que inegavelmente não pode confiar na instituição criada para lhe servir e garantir a segurança.

Em reportagem exibida no Jornal Nacional do dia 08/07/2008, o governador Sérgio Cabral, em reunião na Sede da Secretaria de Segurança Pública daquele estado, chamou de desastrosa a atuação dos policiais envolvidos no episódio, dizendo: *“Eu não consegui dormir esta noite com a imagem do pai em desespero na minha cabeça. Como governador, eu avalio a ação policial como um erro fatal e incompleta capacidade de discernimento no momento de tensão”*. Disse ainda que os policiais militares envolvidos no ocorrido seriam expulsos da corporação, asseverando: *“Não tem conversa. Tem que expulsar. São dois assassinos”*. Com suas palavras, então, creio ser possível dizer, seguramente, que o governador assumiu expressamente a culpa do Estado pelo lamentável episódio.

Destarte, embora a responsabilidade civil, *in casu*, deva ser objetivamente apurada, houve, como reforço, a assunção expressa de culpa pelo ocorrido, através do chefe do Poder Executivo daquele estado da federação.

Ultrapassado o exemplo de responsabilidade civil do Estado, passo agora a fornecer exemplos de acontecimentos que expressam a respon-

sabilidade civil objetiva de transportadores de passageiros, envolvendo os dois maiores acidentes aéreos da história da aviação brasileira, quais sejam, aqueles ocorridos com os voos 1907, da Gol, no dia 26/09/2006, e com o voo 3054, da TAM, no dia 17/07/2007, tragédias que, se desencadearam enorme comoção e abalo mundiais, como costumeiramente ocorre com os acidentes aéreos, o que se dirá em relação aos familiares das respectivas vítimas.

Os acidentes em tela, exaustivamente noticiados em diversas mídias, acabaram por ceifar, juntos, 353 vidas humanas. Apenas a título ilustrativo, para que se possa vislumbrar a dimensão do dano que se pretende demonstrar, o jornal Folha de São Paulo, em sua versão eletrônica na internet (www.folha.uol.com.br) veiculou, no dia 08/10/2006, notícia intitulada “*Tragédia da gol deixa ao menos cem órfãos*”. Em suma, tal matéria dava conta das consequências psíquicas pelas quais passavam, à época, e provavelmente não de passar, os filhos que perderam seus pais em virtude da queda do avião, muitos dos quais, em vista da pouca idade para compreender o ocorrido, não obstante a própria dor, agravam a dor dos familiares com quem convivem diariamente, ao indagarem sobre os motivos da ausência de seus pais.

Discorrendo sobre a morte, Cahali (1998, p. 111) pondera:

“Seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção.

Por ser de senso comum, a verdade desta assertiva dispensa demonstração: a morte antecipada em razão do ato ilícito de um ser humano de nossas relações afetiva, mesmo nascituro, causa-nos um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irresignação.

São sentimentos justos e perfeitamente identificáveis da mesma forma que certos danos simplesmente patrimoniais, e que se revelam com maior ou menor intensidade, mas que existem.

No estágio atual de nosso direito, com a consagração definitiva, até constitucional, do princípio da reparabilidade do dano moral, não mais se questiona que esses sentimentos feridos pela dor moral comportam ser indenizados; não se trata de ressarcir o prejuízo material representado pela perda de um familiar economicamente proveitoso, mas de reparar a dor com bens de natureza distinta, de caráter compensatório e que, de alguma forma, servem como lenitivo”.

Passemos, agora, à análise do que dispõe o sistema protetivo estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.

No campo da responsabilidade civil, o CDC veio a consagrar a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços, significando que responderão, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores, bastando a estes a comprovação do dano e do nexo causal, sendo que, em relação aos acidentes aéreos em comento, tais pressupostos geradores do dever de indenizar já foram delineados.

Para tanto, tomamos como objeto de análise o art. 14 do CDC, o qual trata da responsabilidade dos prestadores de serviços pelo fato do serviço, sendo que as empresas aéreas se enquadram como tal nas regras contidas no dispositivo em comento.

Prescreve o *caput* do art. 14 do C.D.C.:

Art. 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de 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.

Posto isto, creio seja possível chegar a uma conclusão primária, juridicamente lógica e incontroversa: a perda da vida de um ser humano, indubitavelmente acarreta, imediata e irremediavelmente, danos aos respectivos familiares, sendo que destaco como objeto deste estudo o de natureza moral.

Para que o leitor disponha de condições a vislumbrar de maneira mais clara a dimensão dos danos decorrentes dos exemplos fornecidos linhas acima, envolvendo a responsabilidade por ato ilícito do Estado e

das empresas aéreas referenciadas, a própria veiculação das notícias envolvendo os acontecimentos com o menino João Roberto Amorim Soares e os voos 1907 e 3054, permite a qualquer ser humano médio perceber o desespero dos familiares das respectivas vítimas. A morte de entes queridos, das maneiras violentas como ocorreram, é algo que indubitavelmente traz consequências psíquicas que vão além daquelas verificadas em casos de morte natural. No momento em que as famílias deixam de conviver com seus membros, deixam de agregar valores à sua existência, além de enfraquecer a unidade familiar.

Nem é preciso dizer, no caso do menino João Roberto, que, moralmente, e como medida da mais ampla e legítima justiça, caberia ao Estado, diante da culpa expressamente assumida pelo respectivo chefe do Poder Executivo, oferecer, no mínimo voluntariamente, uma indenização à família da vítima.

Mesmo argumento se aplica às empresas aéreas mencionadas, bem como a qualquer outro fornecedor de produtos e serviços cuja atividade eventualmente venha a causar a morte de um consumidor, tendo em vista que aqueles sabem que sua responsabilidade civil é objetiva. Entretanto, tal discussão se torna estéril em um país onde um instituto de contornos morais e éticos como a boa-fé teve de ser positivado.

Passamos, então, a discorrer sobre as questões processuais envolvendo o tema, bem como sobre a postura do Judiciário diante da situação fática ao apreciar um eventual pedido de tutela antecipada para a compensação dos danos de natureza moral, nos casos em que haja previsão de responsabilidade objetiva.

O Código de Processo Civil brasileiro rege a tutela antecipada no art. 273, e demais disposições subsequentes, e consigna ser lícito ao juiz, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Isto, desde que exista prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, bem como haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

De pronto, com vistas nos exemplos fornecidos, é possível notar que a existência de prova inequívoca a permitir tal provimento está pintada em cores vivas, expressa nas mortes do garoto João Roberto e das vítimas dos acidentes aéreos em comento, como fatos notórios que são, na medida em que foram exaustivamente noticiados por todo o tipo de

mídia, documentados pelos entes públicos competentes etc. Além disso, em relação a eventuais vítimas fatais de acidentes de trânsito, ferroviários, enfim, causados por fornecedores de serviços de transporte de passageiros, sujeitos ao regime de responsabilidade do CDC, até mesmo dispensaria as partes autoras de eventuais ações de reparação civil, de sua prova, a teor do que dispõe o art. 334, inciso I, do diploma processual civil.

Em relação ao Estado, como é de curial saber, a injustificada demora no provimento jurisdicional final fundamentaria a decisão sumária, se for levado em conta que o julgamento ao final importaria mais alguns anos dos familiares da vítima na fila dos famigerados precatórios.

No que toca ao abuso de direito de defesa ou ao manifesto caráter protelatório do réu, basta reportarmo-nos à supremacia da qual goza a Administração Pública em relação aos particulares. Na seara processual, por exemplo, vale-se de prerrogativas processuais com prazos diferenciados para contestar e recorrer, evidenciando, assim, a possibilidade da adoção, pelo réu, das condutas descritas no inciso II do art. 273 do CPC, visto que nossa sistemática processual prevê um número excessivo de recursos até que o processo chegue ao fim e haja a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Por sua vez, em relação ao transportador, a injustificada demora no provimento jurisdicional final fundamentaria a decisão antecipadora da tutela, se for levado em conta que a perda de um chefe de família, por exemplo, importa, entre outros, e via de consequência, a perda da base de subsistência familiar, gerando, no mínimo, sequelas de caráter alimentício, entre outras de índole psíquica, obviamente.

Quanto ao abuso de direito de defesa ou o manifesto caráter protelatório do réu, lembre-se do acidente ocorrido com um Boeing da Varig em 1989, o qual até hoje aguarda solução definitiva na justiça, depois de passados mais de 20 anos.

Nada obstante, impende registrar que estamos diante de relações regidas pela responsabilidade civil objetiva, assim acolhida pelos ordenamentos constitucional e consumerista, justamente para se evitar possíveis abusos do Estado e de pessoas jurídicas de direito privado sujeitas ao regime do Código do Consumidor, em relação aos direitos e garantias expressos na Constituição Federal. Isto faz com que toda e qualquer consideração, neste particular, seja objeto de análise à luz das disposições da Carta Maior e do CDC, justificando, assim, o tratamento jurídico diferen-

ciado que confere às vítimas, pelo menos em tese, condições materiais e processuais a litigar contra aqueles que se encontram em situação de superioridade, lembrando, ainda, que, no que se refere ao consumidor, este é, por definição, a parte vulnerável na relação de consumo, conforme assentado em 1985, pela ONU, em sua 106ª Sessão Plenária, através da Resolução nº 39/248.

Dentro da sistemática abraçada pela CF 88, como dito, a responsabilidade civil recebeu tratamento diverso do que lhe é tradicionalmente atribuído, pois veio a consagrar a responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco administrativo, e traduzida no dever jurídico sucessivo (responsabilidade) de reparar os danos advindos do descumprimento de um dever jurídico originário (obrigação), independentemente de culpa, sendo que o dever jurídico originário, aqui, está expresso na garantia da segurança pública ao cidadão. Uma vez violado tal dever jurídico, como aconteceu no caso sob exame, ficou demonstrado o inadimplemento do Estado em relação à prestação que lhe é juridicamente imputada, nascendo, assim, um dever jurídico secundário, que é a responsabilidade pela reparação do dano.

O fornecedor de produtos e serviços, de seu turno, dentro do regime do CDC sujeita-se à responsabilidade objetiva fundada no risco do empreendimento.

Posto isto, é possível verificar que, em ambas as hipóteses, os ofensores têm sua responsabilidade fundada nos riscos das respectivas atividades.

O interesse maior é então a garantia da concretização das medidas protetivas do cidadão. Assim, transporta-se a discussão acerca da culpa para um plano secundário, em homenagem à eficácia que deve revestir o provimento jurisdicional pleiteado.

O evento morte, à luz dos fundamentos alinhados, por si só, destaca, já é capaz de autorizar a concessão dos efeitos antecipatórios da tutela, para determinar, incontinenti, o pagamento de indenização a quem de direito, em razão de o magistrado, através da cognição sumária, já saber ser a mesma devida. É, portanto, prova forte e imodificável! É a fixação, de pronto, de um valor mínimo, devido pela simples causa da morte de um ser humano.

No que tange ao perigo de irreversibilidade do provimento, podemos afirmar com segurança que tal inexistente, pois o direito, em casos como

os fornecidos, estaria cabalmente demonstrado. Com a morte das vítimas, o dano moral automaticamente se consumou, ou seja, já fez nascer nos parentes das vítimas o direito à correspondente compensação, já que a morte não é passível de reparação, isto é, não existe possibilidade de retorno ao *status quo ante*, registre-se.

Nesse especial cabe registrar a sempre magistral lição de Fux (1996, p. 31): *“Sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.”*

No mesmo sentido, Neves (2010, p. 1094):

“(...) a prova produzida como apta a garantir a tutela antecipada também poderá ser apta a garantir à parte a vitória definitiva na demanda, tudo a depender da necessidade de aprofundamento da cognição probatória desenvolvida pelo juiz. Significa dizer que determinadas provas são tão robustas acerca da alegação de fato que, ainda que existam outras provas produzidas, ela por si só, já é suficiente para a decisão favorável definitiva. O que se pretende afirmar é que a prova inequívoca exigida para a concessão da tutela antecipada não deve ser robusta e completa a ponto de permitir, em qualquer hipótese, um julgamento definitivo favorável ao autor, mas é plenamente possível que, em determinadas situações, seja exatamente isso que ocorra, tamanha a carga de convencimento apresentada no caso concreto pelo beneficiado pela tutela antecipada.”

Como já apontado precedentemente, a morte das vítimas é fato, e, segundo a dicção do brocardo jurídico, *“contra fatos não há argumentos.”* Seria, no mínimo, em observação à construção feita pelo eminente Ministro, insensato não se considerarem tais fatos incontestáveis ou impassíveis de contestação séria!

Provável discussão poder-se-ia levantar em relação à individualização do *quantum* a indenizar, tendo em vista que o juiz, no exercício de seu mister, tem de considerar uma série de aspectos objetivos e subjetivos para a fixação do respectivo valor. Porém, em se tratando do dano moral sob exame, não há, nesse particular, que se cogitar tal hipótese se consi-

derarmos, pura e simplesmente, o fato de os causadores do dano terem ocasionado a morte das vítimas nos exemplos examinados. O direito à reparação se faz presente em face do evento morte, o que lhe reveste de liquidez e certeza, pelo que o magistrado, diante dessa característica, e a fim de resguardar o direito da parte, poderá fixar um mínimo a ser indenizado, já que o dano sumariamente observado é o denominador comum que vai orientar a atividade do juiz, sendo que outros fatos, em especial, que porventura vierem a importar o aumento do *quantum* indenizatório poderão, sem prejuízo, ser objeto de apreciação no decorrer da instrução processual, em harmonia com o contraditório e o devido processo legal.

Outra consideração que se faz imperiosa, e ainda toca na questão da irreversibilidade da decisão, diz respeito aos direitos constitucionalmente envolvidos no litígio. Se por um lado a antecipação dos efeitos da tutela pode importar prejuízo econômico irreversível em relação ao réu caso, remota e futuramente, fique provado que a indenização não era devida nos moldes em que foi fixada, lado outro a sua não concessão importa prejuízos irreversíveis atinentes aos direitos à honra subjetiva, à intimidade, à vida privada. Tais direitos estão visceralmente ligados à dignidade da pessoa humana, sendo que estes se revelam prementes em virtude do dano presente, e são hierarquicamente superiores àqueles de interesse estatal, nos termos da Carta Fundamental.

Não é demais recordarmos que o juiz deve sempre orientar seu desígnio no sentido de que a lei existe para servir à sociedade, e não o contrário, sob pena de se privilegiar a disposição literal do texto legal em detrimento do seu real espírito.

Novamente me socorro no magistério de Fux (*Op. Cit*) ao citar Reale, assinalando que *“a tutela de evidência é regra in procedendo para o aplicador do direito que não está tão atrelado assim à ‘lógica formal’ mas antes à percepção dos fatores lógicos, axiológicos e éticos que antecedem essa operação de aplicação jurisdicional do direito”*. Somado a isto, como sempre faço questão de repetir em meus textos, há que se atentar para a regra contida no art. 5º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), o qual orienta o julgador a observar os fins sociais a que a lei se dirige, e o regramento a ser observado nos fatos trazidos à baila é o contido na Constituição Federal, que garante o direito à reparação pelos danos de natureza moral, nos termos do art. 5º, inciso X.

Sendo assim, o direito reclama uma tutela plenamente capaz de satisfazer os anseios do corpo social quando da ocorrência de fatos como estes que examinamos, em que vidas são diariamente perdidas, em razão da incompetência daqueles que agem canhestamente, seja em nome do Estado, seja na prática empresarial. Nada justifica a extremada cautela do magistrado a evitar possíveis danos de natureza econômica atinentes à pessoa do réu no processo quando o direito da parte *ex adversa* se revela cristalino, líquido e certo.

Após estas colocações, surge outro problema a ser analisado: quem deve ser indenizado em casos como os narrados?

A indagação é pertinente porquanto o interesse de agir, conforme Cahali, citando Luiz Felipe Haddad, limitar-se-á aos pais em relação aos filhos, e vice-versa, tendo em vista que o sofrimento, *in casu*, é perfeitamente presumível, embora o festejado autor pondere no sentido de que tal presunção é *juris tantum*, na medida em que muitos pais e filhos sequer convivem diariamente ou possuem afinidades. Porém, tal presunção deverá ser elidida por prova em sentido contrário, permanecendo, assim, a tese no sentido da viabilidade do provimento sumário, como colocado.

Não é dizer, entretanto, que terceiros estranhos à relação entre pais e filhos não possuam legitimidade para demandar o causador do dano em juízo, sendo que, no caso de dano advindo de acidente de consumo, o art. 17 do Código do Consumidor equipara a consumidores todas as vítimas do evento, isto é, aqueles que não possuem relação contratual com o fornecedor de produtos ou serviços, porém sofrem os reflexos do fato danoso.

Contudo, penso que a averiguação da lesividade perpetrada, no caso de pedido feito por quem não integre a relação pais/filhos, reclamaria instrução probatória, a fim de se verificar o grau de afinidade da vítima com os parentes que se encontram fora daquela relação.

O STJ recentemente enfrentou a questão ao apreciar o REsp 1.101.213-RJ, **da relatoria do Min. Castro Meira, julgado em 02/04/2009. No caso, os avós pleiteavam indenização pela morte da neta, ocorrida nas dependências da escola municipal onde estudava. O insigne Ministro destacou em seu voto:**

“É inegável o abalo emocional sofrido por parentes da vítima em razão da morte tão prematura, absolutamente evitável

e em local em que se espera proteção, dedicação e cuidado dispensados a crianças de tão pouca idade. O sofrimento pela morte de parente é disseminado pelo núcleo familiar, como em força centrífuga, atingindo cada um dos membros em gradações diversas, o que deve ser levado em conta pelo magistrado para fins de arbitramento do valor da reparação do dano moral. Assim, os avós são legitimados à propositura de ação de reparação por dano moral proveniente da morte da neta. A reparação, nesses casos, decorre de dano individual e particularmente sofrido pelos membros da família ligados imediatamente ao fato (art. 403 do CC/2002). Assim, considerando-se as circunstâncias do caso concreto e a finalidade da reparação, a condenação ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 114.000,00 para cada um dos pais, correspondendo à época a 300 salários mínimos, e de R\$ 80.000,00 para cada um dos dois avós não é exorbitante nem desproporcional à ofensa sofrida pelos recorridos pela perda da filha e neta menor em tais circunstâncias” (Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nº 0389)

Como é possível perceber, o eminente relator, ao julgar, considerou as circunstâncias do caso concreto para a condenação do município. E não poderia agir diferente, na medida em que, pelo menos *a priori*, a avaliação do sofrimento de parentes que não sejam os pais dependerá, salvo melhor juízo, de análise de prova colhida no decorrer a instrução processual.

Destarte, penso seja tranquilo visualizar que a lesão experimentada pelos filhos em relação aos pais, e vice-versa, é de fácil e sumária averiguação em sede de tutela antecipada, quando estamos diante de ação em que se pede indenização por dano moral decorrente de morte.

Concluindo, fica demonstrado, assim, o direito de pais e filhos de vítimas de ato ilícito do Estado e de transportadores de passageiros em haver a respectiva indenização pelos danos morais experimentados, de forma sumária, diante do prejuízo incontestado, ocasionado pela morte de uma pessoa, sendo até mesmo dever do magistrado conceder a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, uma vez verificada a presença dos pressupostos próprios.

É direito da parte, anote-se, revestido de legitimidade em razão de estarmos diante de fatos cujas consequências são submetidas ao regime da responsabilidade civil objetiva, sendo que os direitos e garantias fundamentais foram consagrados pelo ordenamento constitucional como forma de garantir efetiva proteção aos respectivos titulares do direito de compensação, que fazem jus, pois, à indenização devida, diante da possibilidade de cognição sumária do juiz em relação à prova inequívoca do dano sofrido. ❖

A Incompetência dos Órgãos de Defesa do Consumidor para Multar as Companhias de Transporte Aéreo

Márcio Vinícius Costa Pereira

Advogado no Rio de Janeiro

Com a criação das agências reguladoras brasileiras, originadas no esteio de uma reforma estrutural da Administração Pública, inspiradas em modelo de forte influência norte-americada, surgiu a controvérsia a respeito de quem teria competência para analisar os eventuais problemas envolvendo os direitos dos usuários, em decorrência da prestação dos serviços da concessionária de serviço público.

Não obstante o pouco tempo para comentar o assunto, no caso em tela, será demonstrado que os órgãos de defesa do consumidor não têm competência para multar as concessionárias de serviço público de transporte aéreo com relação às questões regulamentadas pela agência reguladora competente.

Os órgãos de defesa do consumidor calcam sua competência normativa, de controle e fiscalização, com base no art. 55 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

O parágrafo 1º do referido diploma legal determina que a União, os Estados e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

O § 3º, também do aludido dispositivo legal, manifesta-se no sentido de que os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais

com atribuições para fiscalizar e controlar o mercado de consumo manterão comissões permanentes para elaboração, revisão e atualização das normas referidas no § 1º, sendo obrigatória participação dos consumidores e fornecedores.

Por sua vez, o § 4º, do mesmo dispositivo, dispõe que os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor.

Como se vê, de imediato, constata-se que os órgãos de defesa do consumidor não podem se socorrer dos mencionados dispositivos, com relação a questões já regulamentadas pela agência reguladora responsável por fiscalizar a concessionária de serviço público, pois haverá conflito de interesses.

Para que se tenha certeza dessa assertiva, basta se observar que, mesmo tratando-se de relação de consumidor/usuário, não há como se admitir que os eventuais pontos sejam regulamentados pela agência reguladora e, mais tarde, fiscalizados por outro órgão sem capacitação técnica.

Sem sombra de dúvidas, foge à razoabilidade imaginar que a concessionária de serviço público pratique um ato no exercício regular do direito e em consonância com o princípio da legalidade, seguindo as orientações de determinada resolução, para, mais tarde, correr o risco de sofrer algum tipo de penalidade administrativa, caso o órgão de defesa do consumidor entenda que houve violação ao CDC.

Verifiquem-se os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em seu CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, editora Malheiros, 26ª edição, página 172:

“Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de se cifrar a aspectos de providências subalternas, conforme se menciona no CapítuloVI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é calro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações de alçada do poder concedente (cf. capítulo XII,

n. 40-44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada “supremacia especial”.

Antes de tomar posse no Supremo Tribunal Federal, o Ministro LUIZ FUX, ao atuar como relator no Recurso Especial nº 806.304-RS, foi taxativo com relação à competência das agências reguladoras. Confira-se trecho da ementa que será reproduzida abaixo:

“O judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade. Precedente STJ: AgRg na MC 10915/RN.

O ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para consumidor/usuário, posto urgente não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e violação *prima facie* dos deveres do consumidor”.

A verdade é que a regulação das atividades exercida pelas agências reguladoras mediante normas secundárias, como, por exemplo, resoluções, são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado.

Sob outro aspecto, preceitua o *caput* do art. 8º da Lei 11.182/2005 que **cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:**

“XXXV – reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis”.

De acordo com o art. 11º da Lei Federal 9.784/99, que regula o processo Administrativo Federal, a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Preceituam os incisos I e II do art. 29, da Lei 8.987/95 que **incumbe ao poder concedente regulamentar o serviço concedido, fiscalizar permanentemente a sua prestação e aplicar as penalidades regulamentares e contratuais.**

Como se vê, por se tratar de um sistema jurídico específico e devidamente regulamentado, como é o caso do transporte aéreo, a defesa do usuário de serviço público não é atribuição dos órgãos de defesa do consumidor (Procons), e sim, da respectiva agência reguladora.

Para que não parem dúvidas no sentido de que não há competência concorrente dos órgãos de defesa do consumidor para as questões regulamentadas pela ANAC, convém registrar que, no ano de 2006, a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon/SP, uma das mais respeitadas do país, ingressou, perante o Juízo da 6ª Vara Federal de São Paulo, com ação civil pública contra a União Federal, ANAC e demais companhias aéreas, objetivando que as questões concernentes aos atrasos de voos e consequente assistência material, bem como direito à informação dos usuários do serviço público fosse regulamentada.

Mais tarde, obedecendo determinação do referido Juízo, em 09 de março de 2010, a Agência Nacional de Aviação Civil criou a Resolução Nº 141 que **“dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte aplicáveis aos atrasos e cancelamentos de vôos e às hipóteses de preterição de passageiros e dá outras providências”.**

Além de regulamentar vários pontos concernentes ao transporte aéreo e direito do usuário, como, por exemplo, atraso de voo, direito a informação, auxílio-alimentação, etc., a referida resolução foi taxativa ao dizer, no art. 19, que o descumprimento configura infração às condições gerais de transporte, nos termos da alínea “u”, do inciso III, do art. 302 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Com efeito, ao analisar a questão em foco, não pode ser esquecido o princípio da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão

aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse local, diga-se estadual ou municipal.

Esse é mais um importante ponto que nos traz a noção da impossibilidade de competência concorrente dos órgãos de defesa do consumidor para apreciar questões concernentes ao transporte aéreo e que são aplicadas em todo o território nacional. Além dos problemas de ordem técnica, haveria também enorme conflito na fiscalização e aplicação de eventuais multas, na medida em que seria inevitável o conflito de metodologias.

O que daí se depreende é que os órgãos de defesa do consumidor não têm competência para aplicar multas concernentes ao serviço de transporte aéreo, sendo que tal fato torna-se ainda mais irrefragável com a atitude da Fundação Procon de São Paulo em ingressar com ação contra a ANAC, objetivando que as providências necessárias garantam os direitos dos usuários de serviço público.

Vale aqui uma indagação: Por qual motivo a fundação Procon/SP não se socorreu do Código de Defesa do Consumidor para resolver eventuais problemas decorrentes das condições gerais do transporte aéreo em vez de ingressar com ação civil pública objetivando que as questões fossem regulamentadas?

Ademais, não há razão lógica, nem muito menos jurídica, para o órgão de defesa do consumidor fiscalizar e aplicar multas às concessionárias de serviço público de transporte aéreo, na medida em que há legislação específica e devidamente regulamentada para tratar dos interesses do usuário do serviço público, mesmo que esse usuário seja considerado o chamado “usuário/consumidor”.

Como se sabe, a lei especial prevalece sobre a lei geral, dando-se preferência às disposições relacionadas mais direta e especialmente ao assunto de que se trata.

Mesmo que tenha como pano de fundo alguns pontos que também podem ser encaixados no Código de Defesa do Consumidor, a realidade é que as questões decorrentes do complexo sistema de transporte aéreo devem ser apreciadas por pessoas com qualificação técnica, sob pena de a agência reguladora perder a sua própria finalidade.

Lembre-se de que o raciocínio em tela está adstrito ao campo administrativo, cabendo, se for o caso, ao usuário/consumidor buscar

seus eventuais direitos no âmbito judicial, como ocorre, por exemplo, nos casos de extravio de bagagem, atraso de voo, etc. O que não é admissível é o órgão de defesa do consumidor se camuflar de agência reguladora para fiscalizar e aplicar sanções à companhia de serviço público de transporte aéreo.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade regulatória dos serviços públicos é conclusão que necessariamente emerge da observância do princípio da legalidade que informa a atividade dos órgãos administrativos competentes para realizá-la. O CDC estabelece em seu art. 22: “Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

A Lei que regula a concessão do serviço público, em seu art. 30, parágrafo único, é clara ao dizer que **a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou com entidade por ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.**

Está nítida, portanto, a preocupação do legislador em ordenar que as concessionárias de serviço público sejam fiscalizadas por pessoas com qualificação técnica e não, por curiosos.

Lembre-se de que os artigos do Código de Defesa do Consumidor são, na maioria das vezes, bastante genéricos, quando mencionam questões como deficiência na prestação do serviço, informação inadequada, atraso etc.

Não podemos admitir que o mesmo funcionário do órgão de defesa do consumidor que fiscalizou a padaria, supermercado ou qualquer loja, tenha capacidade técnica para fiscalizar e aplicar multas a uma concessionária de serviço público que desempenha o complexo serviço de transporte aéreo.

O que seria direito de informação na relação obrigacional privada para a venda de produto ou serviço, não seria o mesmo direito de informação para a hipótese de transporte aéreo. Há uma série de peculiaridades técnicas que devem ser avaliadas, como, por exemplo, qual informação deveria ser prestada, de que forma essa informação seria prestada e se realmente tal informação chegou às mãos da companhia aérea.

Para corroborar o que foi dito, convém transcrever a lição de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, em sua obra DIREITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS, editora Forense, páginas 519/520:

“O direito positivo brasileiro adotou, a nosso ver acertadamente, uma posição mista em relação à categorização jurídica do usuário de serviço público.

Não há dúvidas, com efeito, quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC, aos serviços públicos em razão de dispositivos expressos nesse sentido: por um lado, o art. 7º, *caput*, da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos – Lei 8.987/95 – faz remissão genérica à aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos; por outro lado, o CDC os contempla expressamente nos arts. 4º, inciso II (referência à melhoria dos serviços públicos como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo); 6º, X (prestação adequada dos serviços públicos como direito dos consumidores); e 22 (obrigação do Estado e de seus delegatários pela prestação de serviços adequados).

O STJ vem expressamente identificando as relações das quais participam usuários de serviços públicos específicos e remunerados como relações de consumo. Já há decisões nesse sentido em relação aos usuários pagantes de pedágio pela manutenção de rodovias (Resp. nº 467.883), aos usuários de serviços de distribuição domiciliar de água potável (Resp nº 263.229) e de correios (Resp nº 527.137), entre outros.

Todavia, o CDC não pode ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos, já que eles não são atividades econômicas comuns, sujeitas à liberdade de empresa e desconectadas da preocupação de manutenção de um sistema prestacional coletivo.

Os serviços públicos, ao revés, constituem atividades de prestação de bens e serviços muitas vezes titularizadas pelo Estado com exclusividade, só podendo ser prestados por particulares enquanto delegatários (*res extra commercium*). A razão para tais atividades econômicas serem retiradas da

livre iniciativa e submetidas a um regime jurídico tão especial se explica pelo fato de visarem a assegurar os interesses dos cidadãos enquanto integrantes de uma mesma sociedade, não como pessoas individualmente consideradas”.

Na mesma linha de raciocínio, manifesta-se MARÇAL JUSTEN FILHO, em sua TEORIA GERAL DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO, editora DIALÉTICA, página 560:

“Isso significa reconhecer a preponderância do regime de Direito Administrativo sobre o Direito do Consumidor. A disciplina do Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. Em termos práticos, essa solução pode gerar algumas dificuldades. O que é certo é a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos”.

Observe-se, ainda, a opinião de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em seu MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 21ª edição, páginas 454/455:

“Agências Reguladoras. A qualificação legal expressa voltou à tona mais recentemente quando da instituição das autarquias de controle ou, se preferir, das agências reguladoras.....

A competência decisória da agência abrange tanto os conflitos surgidos no âmbito de concessionários, permissionários ou outras sociedades empresariais entre si (todas evidentemente sob seu controle), como também aqueles decorrentes da relação entre tais pessoas e os usuários dos serviços e atividades por elas executados. No caso de irrisignação contra decisão administrativa final, firmada pela instância máxima da entidade, deve o interessado buscar no judiciário a satisfação do seu interesse.

A despeito desse aspecto especial das citadas entidades, tem havido entendimento no sentido da possibilidade de os Ministérios exercerem poder revisional de ofício ou por pro-

vocação (recurso hierárquico impróprio), sobre os atos das agências quando ultrapassados os limites de sua competência ou contrariadas políticas públicas do governo central”.

Há que se ter em mente que os órgãos de defesa do consumidor não foram criados para fiscalizar concessionárias de serviço público, valendo a pena lembrar também que se o funcionário não tiver qualificação técnica, o auto de infração será inteiramente nulo por deficiência de fundamentação. O requisito básico da fundamentação é que aquele que pratica o ato tenha condições técnicas para fundamentá-lo, não sendo, por esse motivo, admissível que qualquer cidadão profira decisão judicial.

Portanto, mais uma vez, é importante frisar o raciocínio de que, além de ter alcance nacional, a operação de transporte aéreo tem suas peculiaridades próprias e necessita de pessoal com conhecimento técnico para dirimir os eventuais problemas.

Imagine-se que cada órgão de defesa do consumidor municipal ou estadual avoque a competência para fiscalizar as companhias de transporte aéreo. Certamente, em curto espaço de tempo, teremos sérios problemas de ordem técnica e jurídica.

Ademais, foi por essa razão que a competência designada à ANAC é específica, sendo ela, portanto, a única competente para dirimir conflitos administrativos que envolvam questões atinentes à Resolução 141/2010.

Novamente, é de bom alvitre observar os ensinamentos de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em seus comentários à Lei 9.784/99, Lumen Juris, página 126:

“Quando a lei (ou o ato administrativo organizacional) estabelece hipótese de competência específica, não há alternativa outra senão a de ser iniciado o processo perante o órgão ou agente dotado dessa competência, como assevera o art. 11 da lei. Significa dizer que, tentada a instauração perante o órgão incompetente, deve o administrador orientar o administrado a fazê-lo junto ao órgão competente ou, se não verificada previamente a incompetência, remetê-lo ao órgão próprio tão logo constatado o fato” (grifou-se).

Considere-se, ainda, o fato de que é a ANAC quem tem competência administrativa para fiscalizar companhias aéreas, sendo que o inciso III do

art. 13 da Lei 9.784/99 é taxativo ao dizer que **não podem ser objeto de delegação as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.**

Por fim, para sedimentarmos o raciocínio em foco, vale destacar a lição de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Mirangem sobre o tema:

“..a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – que estabelece o regime jurídico das concessões e permissões de serviços públicos -, determina em seu art. 30, parágrafo único, que “a fiscalização do serviço será feita através de órgão técnico do poder concedente ou com entidade por ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários”.

Do mesmo modo, a própria atividade das agências reguladoras é significativamente mais ampla do que a defesa do consumidor. Diz respeito à realização do interesse público, que, embora envolvendo diversos aspectos, é indiscutível que se compõe também da proteção do consumidor, a partir de sua matriz constitucional. **Assim, à evidência de que é função das agências a defesa dos interesses do consumidor.** Entretanto, estes se articulam com uma série de outros aspectos a serem considerados em relação à dinâmica da atividade econômica regulada.

É intuitivo que as agências reguladoras, como órgão da Administração, vinculam-se ao disposto na legislação e na própria Constituição. Assim, têm o dever de aplicação das disposições do CDC na regulação da atividade econômica de que se ocupam. Em alguns casos, como o da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, esta vinculação é explícita. Nas demais, embora isto não reste expresso nas leis que as criaram, é imposição da própria finalidade a que se propõem. Entretanto, deve ser dito que até o presente momento a atuação destas agências – sobretudo as reguladoras de serviços públicos – está muito aquém do adequado para a garantia de um nível elevado de proteção dos consumidores.

Em trabalho anterior, afirmamos que as agências reguladoras não pertenceriam ao SNDC. **Partimos** de um ponto de análise distinto, afirmando que dado o caráter de coordenação atribuído pelo Código ao DPDC e a autonomia reconhecida às agências, não existiria possibilidade de relação que permitisse mínima ingerência do órgão coordenador do sistema na atividade de regulação, sob pena de inviabilizar os diversos interesses ponderados pela atividade de regulação. Ocorre que a estrutura flexível do SNDC, tal qual vislumbramos hoje, parece afastar aquele argumento. Aproximo-me, assim, ao entendimento já defendido por Daniel Fink em seus comentários, quando distingue órgãos vinculados de modo direto e indireto à defesa do consumidor (FINK, Daniel Roberto e outros. *Comentários...*, 6.ed. Forense, 1999, p.845-847). No caso, as agências, ainda que tenham uma atividade marcadamente de ponderação, têm, na defesa do consumidor, um imperativo legal e constitucional, e por isso, desde logo, integram o SNDC.

(...)

Todas as agências reguladoras mencionadas, conforme se procurou demonstrar, incluem dentre suas atribuições, de modo mais ou menos expresso, a consideração dos interesses dos consumidores na regulação da atividade econômica de que se ocupam. Ao mesmo tempo, o próprio CDC é expresso em seu art. 22, ao incluir no seu âmbito de incidência os serviços públicos cuja prestação caracterize-se como relação de consumo, sejam eles prestados pela própria Administração, sejam prestados mediante regime de concessão e permissão. (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, ed. RT, 3ª ed., 2010, 1121/1124 – grifou-se).

Como se vê, mesmo tratando-se de questão envolvendo o Código de Defesa do Consumidor, sendo a matéria regulamentada pela Agência Nacional de Aviação Civil, resta irrefragável a incompetência dos órgãos de defesa do consumidor para fiscalizar as concessionárias de serviço público de transporte aéreo. ❖

Notas sobre a Herança Jurídica e Social da Questão Habitacional Brasileira: um Desafio à Aplicação do Direito à Moradia aos Assentamentos Informais

João Maurício Martins de Abreu

Advogado - Corrêa da Veiga, Peltier, Rufino e Abreu Advogados. Professor de Direito Civil da UNESA. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF.

1 - INTRODUÇÃO

Em termos estritamente jurídicos, não pode haver dúvida de que *existe*, há muito tempo, proteção normativa *autônoma, válida e apta a produzir efeitos* em torno do direito à moradia. Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, passando pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (ratificado no Brasil em 1992), e ainda por disposições implícitas e explícitas de nossa Constituição Federal de 1988 (art. 6º, especialmente), assim como, mais recentemente, por uma série de leis infraconstitucionais (Estatuto da Cidade, Medida Provisória 2.220 de 2001, inserção da *concessão de uso para fins de moradia* no rol de *direitos reais* do Código Civil etc.), revela-se a construção de um considerável discurso normativo que concebe o direito à moradia como *direito humano e fundamental*.

Uma das mais importantes implicações desse discurso normativo é a possibilidade, em tese, de invocação do direito à moradia *em defesa* dos moradores de assentamentos informais – favelas, loteamentos irregulares, clandestinos, ocupações de prédios públicos e privados abandonados etc.¹ –, possibilidade essa que ocorre principalmente por força da inserção

1 O delicado conceito de *favela* aqui utilizado é aquele adotado pelo IBGE, que toma o termo *favela* como sinônimo de *aglomerado subnormal*, isto é, conjunto de no mínimo 51 residências que ocupam terreno alheio (público ou privado), construídas de forma desordenada, com elevada densidade populacional e carência de serviços públicos essenciais. IBGE. "Uma análise dos resultados da amostra do Censo Demográfico 2000". Disponível no site: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/comentarios.pdf. Acesso em

discursiva da *segurança jurídica da posse* e da vedação dos *despejos forçados*, salvo em casos excepcionais e respeitado o devido processo legal, dentre os critérios de monitoramento do direito à moradia pelo Comitê Geral da ONU.²

Por outro lado, em termos sociais, temos vivenciado, especialmente nas grandes cidades do país, a proliferação da moradia constituída em assentamentos informais, em números, em certos períodos, maiores que o crescimento da própria moradia formalizada. Em recente estudo, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) buscou quantificar a chamada questão habitacional nas cidades brasileiras e, no que nos interessa notar, apontou para a existência, no país, de cerca de 7 (sete) milhões de pessoas vivendo em *favelas*.³ Metrôpoles como São Paulo e Rio de Janeiro, ainda segundo a pesquisa, contavam, juntas, em 2008, com o impressionante número de 1.560 (mil quinhentas e sessenta) favelas – o que não chega, sequer, a computar todos os *assentamentos informais*... E não se trata de um fenômeno local. De acordo com dados apresentados em importante estudo do sociólogo americano Mike Davis (1946-), fundados, por sua vez, em relatório de 2003 do Programa de Assentamentos Humanos das Nações Unidas (UN-Habitat), na primeira década do século XXI, mais de um bilhão de pessoas no globo já viveriam em *assentamentos informais*.⁴

O conflito entre a *norma jurídica* e o *fato social* vive sua máxima tensão quando os assentamentos informais são ameaçados de remoção.

Nesse contexto, além da ação direta do Poder Executivo, também o Poder Judiciário brasileiro tem sido acionado para promover o *despejo forçado* de assentamentos informais através de Ações Cíveis Públicas, Ações de Reintegração de Posse e Ações Reivindicatórias, cujas petições iniciais invocam normas ambientais, normas urbanísticas e a “melhor” posse ou a violação ao direito de propriedade alheia em amparo ao desalijo.

23/09/09. Para uma crítica dessa definição, cf. VALLADARES, Lícia do Prado. **A invenção da favela**. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 149-150. *Loteamento irregular* é aquele cujo projeto não tem aprovação consumada na Prefeitura, mas que pode ser regularizado. Já o *loteamento clandestino* é aquele feito por pessoas que não são proprietárias da área loteada e que não é, por isso, passível de regularização na Prefeitura.

2 No plano internacional, cf. PIOVESAN, Flávia *et alii*. **Código Internacional dos Direitos Humanos Anotado**. São Paulo: DPJ, 2008, esp. p. 3-13, 19-21 e 151-157. No âmbito nacional, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia. In: SAMPAIO, José Adércio. **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 415-466 e SAULE Jr., Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

3 IPEA. **Folha de S. Paulo** (SP): 54,6 milhões vivem no país em moradia inadequada. Disponível em http://ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=6717. Acesso em 02/07/2009.

4 DAVIS, Mike. **Planeta Favela**. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 34.

E nossos tribunais, não raro, concedem, inclusive liminarmente, o *despejo forçado*, sem a oitiva dos assentados – muitas vezes contribuintes de IPTU; muitas vezes, há mais de cinco, dez ou vinte anos moradores do local... Pior: as Ações Cíveis Públicas tramitam, normalmente, sem a participação dos assentados, tendo como autor o Ministério Público e como réu o Município “omisso”, que nada fez para impedir a constituição do assentamento informal, segundo a tese do *parquet*.

No debate processual, o direito à moradia dos assentados é um completo estranho: reinam, p.ex., os conceitos tradicionais de Direito Civil, como *a posse de má-fé* e *a detenção (de bem público)*, como instrumentos técnicos para negar aos assentados até mesmo o direito mínimo a uma indenização pela perda de suas casas, sem qualquer ponderação judicial sobre o direito à moradia ou sobre o destino dos assentados após o desalijo.⁵

Não à toa, o Relatório Nacional de monitoramento do direito à moradia no Brasil, endereçado à ONU, em 2004, pontifica que nossos tribunais não enxergam os *grupos vulneráveis* (notadamente as classes mais pobres que produzem sua moradia na *informalidade*) como titulares do direito à moradia, promovendo uma espoliação da defesa jurídica dos assentados.⁶

Por que a prática judicial brasileira dominante não tem aplicado e nem mesmo discutido sobre a aplicabilidade, ou não, do direito à moradia em favor dos moradores de assentamentos informais? Por que tem concentrado sua discussão em casos individualizados e menos dramáticos como o do *bem de família do fiador*?⁷

Trabalhamos com duas hipóteses, aparentemente complementares.

Uma primeira hipótese, já defendida em nossa dissertação de Mestrado e a ser particularmente desenvolvida em outro artigo, refere-se a

5 Foi o que concluímos em nossa dissertação de Mestrado, com ampla análise jurisprudencial e estudo de caso concreto ocorrido no Município de Belford Roxo/RJ, e para a qual remetemos o leitor interessado em um aprofundamento deste ponto: ABREU, João Maurício M. de. "A efetividade da defesa do direito à moradia em juízo: estudo de casos no Brasil". Dissertação. PPGSD/UFF, 2009.

6 SAULE Jr., Nelson. "Instrumentos de monitoramento do direito humano à moradia adequada". In: FERNANDES, E. e ALFONSIN, B.. **Direito Urbanístico – estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 215-250.

7 A orientação atualmente dominante no Supremo Tribunal Federal sobre o *bem de família do fiador*, que repercute diretamente nas decisões dos Tribunais de Justiça dos estados da federação, está sintetizada na seguinte ementa: “[f]iador. 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 à moradia previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 8.245/91” (R.E. 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 08/02/06, Plenário, DJ de 06/10/06).

um *habitus* de classe social de nossos profissionais como obstáculo que impede a efetividade da defesa da moradia informal em juízo, na esteira do conhecido conceito do sociólogo francês Pierre Bourdieu (1930-2002). Na outra hipótese, parece-nos que também representa um importante obstáculo a tal efetividade a naturalização de nossa herança jurídica e social em matéria de constituição da moradia, fincada, do final do século XIX em diante, sobre os marcos da propriedade e do mercado como meios (quase) absolutos de acesso à terra.

O objeto deste artigo é a apresentação inicial dessa segunda hipótese, o que impõe uma sondagem minimamente consistente sobre os antecedentes historiográficos, jurídicos e sociais da apropriação e ocupação do território brasileiro, com especial ênfase sobre o espaço urbano.

2 – A HERANÇA JURÍDICA: O MARCO PROPRIETÁRIO

Em sentido estritamente jurídico, o que hoje conhecemos como *propriedade plena* sobre um bem imóvel não guarda paralelo jurídico com o conceito de sesmaria, que consistiu no pilar central do modelo oficial de acesso à terra no Brasil por mais de três séculos.

Para entender a afirmação, é necessário rememorar algumas poucas características da apropriação do território no período colonial e do regime de outorga de sesmarias.

O sistema de outorga de sesmarias foi engendrado, originalmente, no século XIII, por ocasião da Reconquista do atual território de Portugal, que impusera uma política de povoamento das terras abandonadas pelos *mouros* em fuga. Quando, no início do século XVI, Portugal se apropria do território brasileiro, o faz sob o título jurídico de *direito de conquista*, referendado pela Igreja, sem reconhecer como *direito* qualquer outro poder de fato sobre a terra, exercido desde sempre pelo indígena ou, durante todo o século XVI, pelo francês. É como se toda a terra conquistada fosse *virgem*.⁸

A colonização só se inicia, de fato, em 1530, e, desde o princípio, a Coroa busca transplantar para o Brasil seu já antigo modelo de ocupação de território, posteriormente consolidado juridicamente nas ordenações do reino: Ordenações Afonsinas, de 1446 (Livro IV, título 81), Ordenações Manuelinas, de 1511-1512 (Livro IV, título 67, § 3º) e, principalmente, Ordenações Filipinas, de 1603 (Livro IV, título 43, §§ 1º e 4º).⁹

8 ABREU, Maurício de Almeida. "A apropriação do território no Brasil colonial". In: CASTRO, Inéa E. *et alii* (org.). *Explorações geográficas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 204.

9 PORTO, Costa. *Estudo sobre o sistema sesmarial*. Recife: Imprensa universitária, 1965, p. 41.

O traço distintivo do regime sesmarial – em relação a outras formas antigas de apropriação territorial, como, p.ex., a *enfiteuse* – consistiu-se na bipartição do domínio sobre a terra, com finalidade específica de povoamento e produção: enquanto o domínio dito *eminente* sobre todo o território cabe ao Estado, o domínio dito *útil* de parcelas delimitadas de terra é transferido a pessoas que, dentre outras coisas, obrigam-se a cultivá-las, a torná-las produtivas, sob pena de *comisso*, ou seja, sob pena de perderem o domínio útil, que retornaria ao Estado. Este, no entanto, foi o traço distintivo “em tese”. E diz-se “em tese” principalmente por força de duas deturpações centrais ocorridas no Brasil: (a) primeiramente, o requisito de *produtividade*, embora categoricamente previsto nas Ordenações e exigido nas sesmarias da Metrópole, foi muito pouco cobrado dos sesmeiros na Colônia; (b) além disso, o propósito original de *povoamento* desde cedo se desvirtuou, por obra direta da própria Coroa portuguesa, que concedia sesmarias em extensões muito além dos limites de razoabilidade impostos pelas Ordenações e que generalizava a prática, particular para o Brasil, de exigir a prova de recursos (notadamente escravos) aos pleiteantes de sesmarias, fatos que reverberam até hoje na concentração brasileira de terras rurais.¹⁰

Essa forma oficial conviveu com outros dois meios secundários de apropriação do território que, conforme a colonização avançava, tornavam-se bastante comuns: desde o final do século XVI a Colônia conheceu um emergente mercado de arrendamento e compra e venda, cujo objeto eram as cobiçadas terras próximas aos portos e núcleos urbanos; e, a seu turno, como era de se prever, a Colônia conheceu também a velha disseminação da prática da *ocupação*,¹¹ o *apossamento de terras* particulares, não aproveitadas pelos sesmeiros, ou mesmo de terras públicas, especialmente nos concentrados núcleos urbanos (beira de mares e rios navegáveis, p. ex.), à espera de um ato do Estado que viesse legitimar a posse e consolidar o domínio sobre o bem.¹²

10 ABREU, Maurício de A. "A apropriação..." *op. cit.*, p. 208.

11 Vale lembrar que, na Roma antiga, cujo Direito compilado concorria em aplicação com as Ordenações, uma das formas de aquisição de um bem a título originário (ou seja, aquisição sem “transferência”) era a *ocupação*, isto é, a tomada de posse de alguma coisa sem dono, com a intenção de tornar-se seu proprietário. Podiam ser objeto de apropriação por *ocupação*, conforme ensina o romanista Jean Gaudemet, os produtos da pesca e da caça e, o que é mais importante notar, as *terras ainda não apropriadas, assim como aquelas tomadas do inimigo*. No original: “le mode originaire d’acquérir est par excellence l’occupation, c’est-à-dire la prise de possession d’une chose qui jusque-là était sans maître et cela avec l’intention d’en devenir propriétaire. Font l’objet d’appropriation par occupation les produits de la pêche et de la chasse, les terres non encore appropriées, les biens pris à l’ennemi”. GAUDEMET, Jean. **Droit Privé Romain** Paris: Montchrestien, 1998, p. 230.

12 Para uma análise mais detalhada de outras formas de apropriação do território não abordadas aqui, remeta-se mais uma vez a ABREU, Maurício de A.. "A apropriação..." *op. cit.*, 1997, p. 197-245. Em relação a essas últimas, vale apenas destacar duas: as sesmarias de *chãos*, feitas às vilas e cidades com fins específicos de propiciar aos

É evidente que os conflitos, especialmente entre “posseiros” e “sesmeiros”, surgiram de imediato – e não raras vezes os posseiros obtiveram o reconhecimento de um direito melhor que o dos sesmeiros sobre as terras ocupadas.

Foi numa decisão desse tipo de conflito, aliás, que o regime sesmarial terminou por ser suspenso, em 17 de julho de 1822, com a Resolução 76 do Príncipe Regente, que declarava: “[f]ique o suplicante na posse das terras que tem cultivado, e suspendam-se todas as sesmarias futuras, até convocação da Assembleia Geral Constituinte”.¹³

O que significa, juridicamente, tal suspensão?

Ainda que, dadas as distorções e peculiaridades do sesmarialismo brasileiro, socialmente houvesse um sentimento comum entre os moradores e colonos de se considerarem “*donos da terra*” recebidas em sesmarias,¹⁴ em sentido estritamente jurídico o regime sesmarial exigia o *poder de fato*, a posse efetiva sobre a terra concedida, através da instituição da moradia e da produção, distanciando-se, por essa característica, como agora se vê, da propriedade plena de um imóvel, tal como a concebemos atualmente. Respondendo à questão proposta, podemos, portanto, dizer que a suspensão do regime sesmarial em 1822 representou o início do processo de transição de um modelo jurídico estatal de apropriação territorial, baseado na *obrigatoriedade da posse*, para um modelo jurídico de mercado baseado na *propriedade da terra*, que se consolidaria menos de um século depois, com a promulgação do Código Civil de 1916, como procuraremos demonstrar.¹⁵

colonos a constituição de moradia e quintais de uso e produção domésticos; e também os *patrimônios religiosos*, que eram “glebas cedidas por um ou vários proprietários fundiários para que os trabalhadores sem terra pudessem ali fixar residência. A cessão, entretanto, não se fazia diretamente a eles. O beneficiário era o orago de uma capela já existente ou que se queria erigir no local, cabendo à Igreja, em nome do padroeiro, administrar esse patrimônio. (...) Da repartição desse patrimônio, portanto, surgiram pequenos arraiais, alguns dos quais prosperaram e tornaram-se *freguesias*. Muitos foram mais tarde elevados à categoria de *vila*”, p. 218-219 e p. 233-4, respectivamente.

13 *Apud*, MELO, Marco. A. Bezerra de. **Legitimação de posse: os imóveis urbanos e o direito à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

14 Um episódio exemplificativo reflete esse contexto social conturbado. No final do século XIX, através do Alvará de 3 de dezembro de 1795, a Metrópole havia tentado consolidar legislativamente as rígidas exigências especiais que se impunham aos sesmeiros da Colônia, tornando real a ameaça de *comisso*. Mas houve grande resistência dos colonos e moradores, que, passado tanto tempo de tolerância da Metrópole, passaram a sentir-se “donos das terras”, e não apenas titulares do domínio útil sob certas condições, de modo que, pouco menos de um ano depois de tal tentativa, aquele Alvará teve sua vigência suspensa apelo Alvará de 10 de dezembro de 1796. Ruy Cirne de Lima, *apud* ABREU, Maurício de A. “A apropriação...” *op. cit.*, p. 228.

15 Sobre esse processo, há um seguro panorama historiográfico e jurídico em LOPES, José Reinaldo da Lima. **O Direito na História**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 335 e ss., bem como em OLIVEIRA, Ariovaldo U. e FARIA, Camila Salles de. “O processo de constituição da propriedade privada da terra no Brasil”. Disponível no site http://legal2009.easyplanners.info/area06/6193_OLIVEIRA_Ariovaldo_Umbelino.doc. Acesso em 27/07/2009.

E abra-se aqui um parêntesis para enfatizar que o que vale para a concessão de sesmarias vale igualmente para os meios circundantes de apropriação territorial: o mercado de terras e chãos urbanos do período colonial e a ocupação por posseiros de terras incultas ou de terras públicas. Com efeito, os negócios imobiliários na Colônia – os arrendamentos ou as compras e vendas – tinham por objeto “terras” ou “chãos” de sesmaria, estando, portanto, todos vinculados à Carta original de concessão da sesmaria e seu regime jurídico. Por sua vez, como processo *informal* de apropriação territorial, a ocupação de terras incultas ou públicas, por princípio, não poderia transferir mais direitos do que o próprio processo *oficial* de apropriação do solo: a concessão de sesmarias.

O vácuo deixado pela suspensão do regime sesmarial em 1822 só foi preenchido em 1850, com a promulgação da Lei 601, do Império. A assim chamada Lei de Terras instaura o que vamos denominar de processo de consolidação do *modelo jurídico proprietário* de apropriação e ocupação do território, fundado principalmente no *contrato de compra e venda imobiliária*.

Dispondo sobre o passado, e procurando estabilizar a complexa situação até então vigente, a lei revalidou, em seu art. 4º, grande número de *sesmarias* e, no art. 5º, as *ocupações primárias* mansas e pacíficas instituídas até 1850, desde que houvesse, em ambos os casos, princípios de cultura da terra e estabelecimento de morada habitual. Quando não houvesse cultura ou moradia instituída, ou quando estivessem desocupadas, as terras seriam consideradas juridicamente *vagas* e, uma vez identificadas e demarcadas, deviam ser devolvidas ao Estado (daí o nome “devolutas”), que poderia, futuramente, vendê-las.¹⁶

Dispondo para o futuro (cf. art. 2º a 5º, principalmente), a lei proibiu a concessão de novas *sesmarias*; tipificou como crime apenado com prisão, multa e perda das benfeitorias a *ocupação* de terras, um processo informal por séculos reconhecido pelo Estado; e instituiu a compra e venda, que fora um processo secundário, embora importante, de apropriação do território no período colonial, como via única de aquisição, inclusive, das terras rurais disponíveis, até mesmo das terras virgens, o que inaugurava

16 Note-se que a única exceção a essa regra está nas terras devolutas próximas às fronteiras do território do Império brasileiro, para as quais a lei abriu a possibilidade de o Estado concedê-las gratuitamente, por contrato de doação. Cf. segunda parte do art. 1º da Lei 601/1850.

no país o processo de conversão jurídica do *valor de uso* da terra em *valor de troca*, ou seja, de conversão da terra em mercadoria.¹⁷

Segundo alguns autores, não por acaso, mas para cercear o acesso à terra, essa lei é contemporânea da abolição do tráfico negreiro e do início da regulamentação e estímulo da imigração de trabalhadores livres para o Brasil.¹⁸

“Dono” da terra (urbana ou rural) era o detentor de *título jurídico*, independentemente da posse efetiva, eis o modelo jurídico do proprietário instaurado pela Lei 601/1850. Prova disso é que, mesmo os posseiros que tiveram o direito sobre a terra que ocupavam preteritamente validado pela Lei, foram obrigados a tirar *títulos* dos terrenos apossados, sem o que não poderiam dá-los em hipoteca, nem alienar. É o título, ou a ausência dele, que define quem é ou não dono da terra.

Seria um erro supor que esse é um antecedente histórico com pouca relevância para os meios urbanos. Em primeiro lugar, a Lei de Terras aplicava-se, também, ao espaço urbano; em segundo lugar, embora ela tenha afetado, principalmente, o direito sobre a terra rural, o fenômeno do “inchaço” urbano, que nos últimos cem anos inverteu a proporção da densidade populacional entre o campo e as cidades brasileiras, é reflexo, dentre outras razões, da própria estrutura fundiária das terras rurais, que impede, na palavra de especialistas no assunto¹⁹, o “acesso do trabalhador rural à terra por ele cultivada, determinando o êxodo para os centros urbanos” e remonta, sem medo de errar, ao regime jurídico instaurado pela Lei de Terras.

Acresçam-se dois fatos relevantes: (a) dado seu impacto na situação jurídica e social até então vigente, a Lei 601/1850, que deveria ser regulamentada em até dois anos a contar da sua promulgação, por injunções políticas, só o foi em 1854; (b) o Governo do Império encontrou grandes dificuldades em demarcar, como necessitava para fins de vendê-las, todas as terras devolutas, de modo que, se havia, em tese, potencialidades redistributivas e de ordenação territorial no texto da lei, elas acabaram por ser, na prática, tolhidas pela ineficiência do Poder Público. Como afirma a socióloga Ermínia Maricato (1947-),

17 Sobre a contraposição *valor de uso / valor de troca* e sobre o conceito de mercadoria, cf. MARX, Karl. "A mercadoria". In: **O capital – crítica à economia política**. Rio de Janeiro, 18ª ed.: Civilização Brasileira, 2001, v. 1, p. 55-105.

18 Nesse sentido, José de Souza Martins, *apud* OLIVEIRA, A. U. e FARIA, C. S. de. *Op. cit.*, p. 5.

19 LIRA, Ricardo Pereira. "Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro". In: **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 342.

*[a] demora na demarcação das terras devolutas deveu-se às resistências e imprecisões com que as solicitações do governo central eram respondidas pelo poder local. Durante esse processo, um vasto patrimônio público, sob a forma de terras rurais e urbanas, passou para mãos privadas.*²⁰

O modelo jurídico proprietário foi robustecido em 1864, pela edição da Lei Hipotecária do Império (Lei nº 1.237), a qual criou os Registros Públicos no país e, em seu art. 8º²¹, expressamente estabeleceu que o direito de propriedade da terra, fosse ela rural ou urbana, passava a ser aferido pelo registro do contrato (normalmente de compra e venda) no Registro Geral, confirmando, então, a possibilidade de o direito sobre a terra se exercer à distância, pelo simples registro do título e independentemente da posse efetiva. O título de contrato de compra e venda, como se diz até hoje, passa a ter efeitos meramente obrigacionais (cria a obrigação *inter partes* de transferir a propriedade); é o registro desse título no Registro Geral que confere efeitos reais (transfere efetivamente a propriedade). O “dono” da terra (urbana ou rural) era aquele que constava como “dono” no registro.

As bases desse sistema de transferência da propriedade imobiliária baseado no registro foram mantidas pelo Código Civil de 1916, pela Lei de Registros Públicos de 1973 (Lei 6.015 de 31/12/1973)²², ainda vigente, e pelo Código Civil de 2002²³.

Enfim, o Código Civil de 1916, que em matéria de *propriedades* e de *contratos* ficou marcado pela firme posição *não intervencionista*, fechou o ciclo de transição de *modelo jurídico de apropriação e ocupação territorial*

20 MARICATO, Erminia. **Metrópole na periferia do capitalismo**. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 37. No mesmo sentido, LOPES, José Reinaldo da Lima, **O Direito...**, 2009, p. 337.

21 Art. 8º A transmissão entre vivos por títulos oneroso ou gratuito dos bens susceptíveis de hypothecas (art. 2º §1º) [imóveis, escravos, animais etc.] assim como a instituição dos onus reaes (art. 6º) não operam seus efeitos a respeito de terceiros, senão pela transcrição e desde a data della.

22 Lei 6.015/1973. “Art. 172. No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, *inter vivos* ou *mortis causa*, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.”

23 CC/2002. “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade [imobiliária] mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§2º. Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.”

e consolidou o regime centralizado na figura do *proprietário*, segundo o registro do título aquisitivo (cf., principalmente, arts. 524, 530, I e 859²⁴).

O fundo ideológico do modelo consolidado no Código foi, declaradamente, a conhecida teoria do romanista alemão Rudolf Von Jhering (1818-1892), segundo a qual *a posse é a exteriorização da propriedade* e, portanto, em última análise, num sinal dos tempos, postula que é “o interesse da propriedade que justifica a proteção da posse”.²⁵ É o que se extrai, aliás, do próprio conceito de *possuidor* fixado pelo Código Civil de 1916:

Art. 485 – Considera-se possuidor todo aquele que tem, de fato, o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade. (grifos meus, J.M.M.A.)

O problema do *modelo jurídico proprietário* de apropriação e ocupação do território brasileiro não está, propriamente, no instituto da *propriedade*; mas sim num *exclusivismo proprietário* que é a marca desse modelo e relega a posse (o poder de fato sobre a terra) ao irremediável plano da ilegalidade – quando não da criminalidade – quando não consentida, direta ou indiretamente, pelo proprietário, ainda que o detentor do poder de fato sobre a terra (urbana ou rural) nela trabalhe ou institua sua moradia e a de sua família. Posse legítima é aquela de algum modo consentida pelo proprietário: através do aluguel, do usufruto, do arrendamento, da cessão de uso etc..

Clóvis Bevilacqua (1859-1944), autor do projeto de 1899 que resultou em nosso Código Civil de 1916, explica melhor essa concepção ao asseverar que o objeto do Direito das Coisas (que regula os *direitos reais*) é, em última análise, “a propriedade, a adaptação das coisas do mundo externo às necessidades do homem, na vida social. Mas a propriedade oferece matizes diferentes, desmembra-se, modifica-se, e desses fatos resulta uma grande variedade de relações”. Ou seja, trata-se a posse, nessa passagem eloquente, como mero desdobramento do conceito central de propriedade. E, mais à frente, confirmando a tomada de posição atribuída

²⁴ “Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”

“Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel: I – pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel.”

“Art. 859. Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu.”

²⁵ O excerto foi retirado dos comentários ao art. 485 feitos pelo próprio autor do Projeto que resultou no Código Civil de 1916. BEVILAGUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, v. 3, p. 8.

ao Código, aduz Bevilaqua que “a posse é o estado de fato correspondente ao exercício da propriedade ou de seus desmembramentos, sempre que esta situação se definir, nas relações jurídicas, haverá posse”.²⁶

3 – A HERANÇA SOCIAL: O MARCO MERCADOLÓGICO

Qual o aspecto social que nos interessa nesse modelo jurídico proprietário, que se instaura em fins do século XIX e se consolida no início do século XX? Numa palavra: a legitimação da difusão na sociedade brasileira de um regime de mercado em relação à terra e, conseqüentemente, à moradia, inclusive urbana, o qual, como todo regime de mercado, também é seletivo. Com efeito, do final do século XIX em diante, para que os não proprietários, sem acesso à terra rural ou urbana, constituíssem sua moradia por via legítima, vale repetir, isso deveria decorrer do desdobramento dos poderes do proprietário da terra urbana, através do aluguel (meio mais comum), do usufruto, do arrendamento, da cessão de uso etc.. Isso generalizava, já no século XIX, uma oportunidade de lucro aos donos das terras e, posteriormente, uma oportunidade de investimentos para o capital imobiliário que emergiria.

Era o *valor de troca* sobrepujando-se ao *valor de uso* da terra (*in casu*, ao valor-moradia).

Note-se que não se trata de condenar o *mercado* em si, que tem o seu lugar e contribuição, mesmo no que tange à moradia. Como espirituosamente sugere o economista indiano Amartya Sem (1933–), “[s]er genericamente contra os mercados seria quase tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre duas pessoas (ainda que certas conversas sejam claramente infames e causem problemas a terceiros – ou até mesmo aos próprios interlocutores).”²⁷

Assim como dito em relação à *propriedade*, o problema está no (quase-)absolutismo *mercadológico* direcionado à moradia. Quando predomina a *ocupação* e o *apossamento* como vias usuais de apropriação da terra – como ocorrido entre 1822 e 1850 no Brasil, no vácuo deixado pela suspensão do regime sesmarial e só preenchido com a Lei de Terras –, corre-se o risco de sujeitar o Direito à força física e social, principalmente de latifundiários, uma vez que, em muitas ocasiões, para além da ocupação de terras incultas e aparentemente sem dono, há também esbulhos for-

26 BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, p. 7 e 16.

27 SEM, Amartya Kumar. *Desenvolvimento com liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 21.

çados de terras já aproveitadas por posseiros com frágeis condições de autodefesa. Contudo, quando passa a predominar, com pretensão de via única, o acesso à terra pelo mercado, assume-se o risco social de alijar, pela fragilidade econômica, enormes parcelas da população sem poder de compra – isso numa época, final do século XIX e início do século XX, em que a *propriedade imobiliária* era privilégio apenas dos estratos mais abastados economicamente.

A produção de moradias urbanas, inserida no marco proprietário e mercadológico (formal), tem sua história contada desde a transformação de prédios em habitações coletivas para locação, no final do século XIX, até o atual modelo de incorporação imobiliária, baseado na difusão do princípio da casa própria.²⁸ Chamaremos de produção *formal* da moradia a esse tipo.

Mas, por óbvio, *fora* dos marcos proprietário e mercadológico, constitui-se um tipo de produção *informal* da moradia urbana. O mercado, notadamente o mercado formal, não é acessível a todos e, portanto, muitas vezes a moradia se produz pelo apossamento de terras urbanas não utilizadas, à revelia dos donos e do Poder Público, constituindo o que atualmente denominamos *assentamentos informais*.

Essa dualidade parece refletida no ilustrativo caso da atual metrópole do Rio de Janeiro, ainda que com algumas particularidades.

3.1 – O caso paradigmático da metrópole do Rio de Janeiro

No caso do território e da estrutura social da atual metrópole do Rio de Janeiro, na segunda metade do século XIX, período contemporâneo às mencionadas transformações no regime jurídico de apropriação do território, nota-se uma progressiva expansão do espaço urbano sobre o rural, com o parcelamento em grandes lotes de antigos engenhos, fazendas e chácaras. Contribuíram para essa crescente urbanização o início da industrialização, os investimentos públicos e os investimentos de capitais internacionais à procura de novos mercados – os quais, na então capital do Império, destinaram-se especialmente aos transportes coletivos (bondes e trens suburbanos), que aumentaram a mobilidade da população no es-

28 Para uma ampla análise dos tipos de oferta de moradia que o mercado imobiliário formal pode oferecer, identificando três grandes estágios de oferta a partir de 1870 – de acordo com o predomínio da produção *rentista* da moradia (através das habitações coletivas), da produção do pequeno capital imobiliário (com suas vilas e correrres de casa para locação) e, enfim, do capital de incorporação –, cf. RIBEIRO, Luiz César de Q.. **Dos Cortiços aos condomínios fechados – as formas de produção da moradia na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira/IPPUR/UFRJ, 1997.

paço, assim como à concessão de outros serviços públicos tipicamente urbanos: fornecimento de água, esgoto, gás etc.²⁹ Além de tais fatores indutores de urbanização – assim como, é claro, do fato de estar cerceado o acesso à terra rural a escravos recém-libertos –, devemos citar a emergência, na capital, de uma economia urbana organizada e progressivamente fundada no trabalho livre, atrativo do fluxo de trabalhadores.

[A] partir de 1870 entra em crise a economia mercantil-escravista e, pouco a pouco, afirma-se uma economia urbana organizada com base no trabalho livre; por outro lado, expande-se a intervenção sobre a cidade, através da legislação urbana e dos investimentos urbanos realizados pelo Poder Público e pelas empresas privadas. Os anos deste período serão também marcados por um extraordinário crescimento demográfico. Estes fatores terão importantes impactos sobre a produção de moradias, criando as bases para a mercantilização da moradia e do solo.³⁰

Foi, portanto, no último quarto do século XIX que se estruturaram, socialmente, os antecedentes próximos da chamada questão habitacional até hoje vivenciada na metrópole do Rio de Janeiro.

Já nesse período distante, com efeito, o crescimento demográfico foi muito maior do que o número de domicílios ofertado, acarretando a criação de habitações coletivas e o conseqüente adensamento dos domicílios destinados às classes mais pobres – por definição, predominantemente não proprietárias. Com efeito, a via formal de produção da moradia popular mais corriqueira no período foi o *aluguel* de quartos em *casas de cômodos, cortiços e estalagens*, o que, especialmente nas freguesias do centro histórico e adjacências, pelo adensamento de pessoas, gerou a degradação das condições de moradia.³¹

Ainda não era a escassez da moradia popular urbana o principal problema habitacional da capital, mas sim a precariedade de suas condições.

O aparecimento vigoroso da escassez de oferta de moradia no Rio de Janeiro data especialmente do início do século XX.

29 Sobre o tema, cf. ABREU, Maurício de A.. *A Evolução Urbana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: IPLAN/ZAHAAR, 1987, p. 35-69.

30 RIBEIRO, Luiz César de Q.. *Dos Cortiços...* *Op. cit.*, 1997, p. 165-6.

31 Nesse sentido, RIBEIRO, Luiz César de Q.. *Dos Cortiços...* *Op. cit.*, 1997, p. 165-173.

No final do século XIX e, principalmente, no início do século XX, com a Reforma Urbana implementada pelo Prefeito do então Distrito Federal, Francisco Pereira Passos, as habitações coletivas (casas de cômodos e, principalmente, cortiços e estalagens) foram duramente combatidas e grande número delas destruído, sem oferecer-se a boa parte das classes mais pobres que ali residiam outra alternativa *formal* de moradia. Trata-se da conhecida política *higienista*, que identificou as habitações coletivas como o principal foco das epidemias que assolavam a cidade, agravada pelo também notório empreendimento modernizador do Prefeito Pereira Passos, que desapropriava e derrubava diversos prédios ocupados por operários para a abertura de avenidas, o alargamento de ruas, a construção de prédios comerciais etc., buscando fazer com que o espaço da capital “simbolizasse concretamente a importância do país como principal produtor de café do mundo, que expressasse os valores e os *modi vivendi* cosmopolitas e modernos das elites econômicas e políticas nacionais”.³²

Além disso, ou melhor, entrelaçado a tais movimentos, foram erigidas normas jurídicas muito rígidas para a construção civil, as quais não só proibiam a reforma dos cortiços ainda existentes, como impunham em minúcias como deveriam ser feitas as construções imobiliárias, o que dificultava sobremaneira até mesmo a ocupação do subúrbio loteado da cidade (ainda pouco aproveitado) pelas classes mais pobres.

Conseqüentemente, tendo em vista o coevo ritmo acelerado do crescimento populacional da cidade, por conta da chegada constante de migrantes, a ocupação dos morros e encostas do maciço da Tijuca – em torno do qual se vinha expandindo horizontalmente a cidade – e o desenvolvimento da moradia de *favela* (a negação estética do modernismo preconizado pela Reforma Passos) se tornaram inevitáveis.

Atraindo grande quantidade de força de trabalho e não oferecendo opções de residência legalizada na cidade, era inevitável que o Rio de Janeiro visse surgir, a partir de então, uma nova forma de habitação que, pela precariedade de sua construção, e pelo desafio que representava ao controle urbanístico, constituiu-se em verdadeira negação da estética de modernidade que se procurava dar à cidade. Essa forma de habitação foi a favela.³³

32 ABREU, Maurício de A.. **A Evolução urbana...** *Op. cit.*, 1987, p. 60.

33 ABREU, Maurício de A.. "A cidade, a montanha e a floresta". *In: Natureza e Sociedade no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, 1992, p. 90. Com uma outra perspectiva, mas em sentido muito próximo, cf. MARICATO, Erminia. *Op. cit.*, 1996, p. 38, onde se lê: “[o] aparato legal urbano, fundiário e imobiliário, que se

Por que as classes mais pobres ocuparam os morros e encostas? Primeiro, porque a imensa maioria dessas localidades era, no início do século XX, inapropriada para a construção civil oficial, devido especialmente à carência de técnicas de construção adequadas para os padrões arquitetônicos oficiais naquele tipo de topografia.³⁴ Segundo, porque a constituição geográfica da cidade permitia que, com a ocupação popular dos morros e encostas, a força de trabalho acompanhasse o movimento do mercado de trabalho na cidade, com a expansão do centro para a zona norte, a zona sul e os subúrbios.

Iniciava-se, assim, no meio urbano carioca, um processo de produção *informal* de moradias que se tornaria irreversível com o tempo; um processo à margem do direito de propriedade e do mercado habitacional regulamentado; à margem das posturas municipais de construção civil; à margem da malha urbana e dos serviços públicos de fornecimento de água, esgoto, gás etc.; à margem, portanto, de tudo o que se entendia, no início do século XX, como *cidade*. Não à toa, durante a primeira metade do século XX, as favelas foram consideradas verdadeiro “mundo rural na cidade”.³⁵

É evidente que, junto com esse meio de produção informal no início do século passado, coexistia um mercado voltado para a produção formal de moradias populares e que foi o grande responsável pela ocupação dos subúrbios e de parte da zona norte. A partir de 1910, p. ex., pequenos capitais passaram a ser investidos na construção de conjuntos de casas para *aluguel*: são as *vilas* e *correrres de casa* típicos das moradias da zona norte e do subúrbio carioca.

Mas, como anota o sociólogo Luiz César de Queiroz Ribeiro, já não encontraríamos ali os antigos habitantes dos cortiços, estalagens, casas de cômodo...

O novo mercado habitacional instaurado pelas transformações nas condições de produção e circulação seleciona agora

desenvolveu na segunda metade do século XIX, forneceu base para o início do mercado imobiliário fundado em relações capitalistas e também para a exclusão territorial. Os Códigos de Posturas Municipais de São Paulo (1886) e Rio de Janeiro (1889) proibiram a edificação de cortiços ou ‘edificações acanhadas’ nas áreas mais centrais (...). As exigências da propriedade legal do terreno, plantas, responsável pela obra, tudo obedecendo às normas dos códigos, afastou a massa pobre do mercado formal.”

34 ABREU, Maurício de A.. "A cidade..." *Op. cit.*, 1992, p. 90.

35 Sobre a gênese das favelas cariocas, as representações que dela fizeram as elites, as intervenções do Estado e os primeiros recenseamentos do Poder Público, com ampla análise bibliográfica, cf. VALLADARES, Lícia do Prado. **A invenção da favela – do mito de origem à favela.com**. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 22-73.

os segmentos sociais que têm acesso a este novo produto, pois exige não apenas um rendimento maior, mas, sobretudo, estável. Assim sendo, somente os trabalhadores qualificados da indústria e do comércio e parcelas dos funcionários públicos constituem os inquilinos destes senhorios. Os outros continuarão nos “cortiços e “cômodos” que restaram e nos “barracões de zinco” autoconstruídos nos morros e longínquos loteamentos suburbanos (...).³⁶

Apenas as classes mais abastadas, com poder de *autofinanciamento*, podiam fugir do *aluguel* e encomendar a pequenos empreiteiros a construção de suas casas.

Na década de 1920, uma série de decretos, iniciada pelo Decreto 4.403 de 1921 e somente revogada em 1928, impôs fortes restrições ao aumento dos aluguéis de imóveis. Se, por um lado, o Poder Público atendia assim aos anseios imediatos dos inquilinos contra os aumentos abusivos dos aluguéis que vinham ocorrendo, por outro, paralisava a principal fonte de produção formal de moradias no Rio de Janeiro: o pequeno capital imobiliário empregado na construção de vilas e correres de casa com o intuito de auferir lucro com o *aluguel*. Foi, portanto, uma década de forte queda no ritmo de construção habitacional na cidade, cuja consequência seria o aumento da moradia de *favela* e, principalmente, a aceleração da venda de lotes longínquos, recentemente incorporados à malha urbana pelo parcelamento de chácaras e fazendas cuja produção agrícola deixara de ser lucrativa.

Era o cenário ideal para a proliferação da propaganda dos loteadores em favor da autoconstrução da moradia através da compra de lotes nesses vazios urbanos: possibilitava-se, assim, a parcelas das classes mais pobres, a fuga das oscilações dos aluguéis, com o ônus da distância do local de trabalho. De qualquer modo, foi a abertura da alternativa, especialmente para ditas classes, da compra de terrenos distantes para a *autoprodução* – não raro, precária – de moradias.

Por esse período, iniciava-se a ocupação acelerada dos imensos vazios urbanos recém-loteados: Penha, Ramos, Bonsucesso, Maria da Graça, Inhaúma, Irajá, Marechal Hermes, Deodoro, Honório Gurgel, Ricardo Albuquerque etc.³⁷

36 RIBEIRO, Luiz César de Q. *Dos Cortiços...* Op. cit., 1997, p. 332.

37 Sobre o assunto, cf. RIBEIRO, Luiz César de Q. *Dos Cortiços...* Op. cit., 1997, p. 236-248.

O mesmo processo, já agora fortemente influenciado pelas opções de moradia dos migrantes que afluem à capital, se deu em relação à urbanização da maior parte da Baixada Fluminense a partir da década de 1930. As obras de saneamento dos anos de 1930; a eletrificação da Central do Brasil a partir de 1935; a instituição da tarifa ferroviária única em todo o Grande Rio; e a abertura da Avenida Brasil, que aumentava enormemente a acessibilidade aos municípios periféricos, foram os quatro principais fatores explicativos para o acelerado crescimento demográfico da Baixada Fluminense, transformando a então zona rural em espaço urbano, muitas vezes de forma irregular e clandestina. “Desses fatores resultou uma ‘febre imobiliária’ notável, que se refletiu principalmente no retalhamento intenso dos terrenos aí existentes para a criação de loteamentos, muitos dos quais foram abertos sem qualquer aprovação oficial.”³⁸

Foram, assim, incorporados à malha urbana do Rio de Janeiro os atuais municípios de Duque de Caxias, São João de Meriti, Belford Roxo, Mesquita³⁹... e, no final dos anos 1940, Nova Iguaçu, onde a produção de laranjas para exportação conseguira conter o avanço imobiliário, até a crise econômica gerada pela 2ª Guerra Mundial. De modo que,

[n]o final dos anos quarenta a onda urbanizadora tinha, pois, praticamente atingido os seus limites atuais. Os anos seguintes iriam se caracterizar mais pelo adensamento dessa frente pioneira urbana do que pelo seu avanço no espaço. O período 1930-1950 se constituiu, assim, na fase mais marcante de expansão física da metrópole.⁴⁰

Contudo, mesmo com a abertura da alternativa de constituição da moradia através da autoprodução em lotes recém-incorporados à malha urbana, até a década de 1940 ainda era no *aluguel* que as classes mais pobres encontravam predominantemente o meio de produzi-la pela via *formal*. Com efeito, a situação *formal* das moradias, em 1940, estava assim dividida: mais de 60% dos domicílios eram *alugados*, contra menos de 30% *próprios* e menos de 10% *cedidos*.⁴¹

Após a crise da década de 1920, o pequeno capital imobiliário, especializado na construção de vilas e correrres de casa nos subúrbios

38 ABREU, Maurício de A.. **A Evolução urbana...** *Op. cit.*, 1987, p. 109.

39 O atual município de Nilópolis já havia sido praticamente todo loteado desde o final da década de 1920.

40 ABREU, Maurício de A.. **A Evolução urbana...** *Op. cit.*, 1987, p. 111.

41 RIBEIRO, Luiz César de Q. **Dos Cortiços...** *Op. cit.*, 1997, p. 256.

e na zona norte com o intuito de aluguel, havia recuperado o fôlego de investimento. A década de 1930 marcara um período de estancamento da crise de moradia. No entanto, como apontado por diversos autores, a promulgação do decreto do inquilinato de 1942, num período de grande crescimento demográfico, devido ao êxodo rural e fora de um contexto de aumentos abusivos dos aluguéis, impôs longa estagnação nesse tipo de produção *formal* da moradia (principalmente para as classes mais pobres). Com efeito, tal decreto adotou a política de *congelamento dos aluguéis* e deixou nítida a opção governamental de incentivar a construção de imóveis exclusivamente para a *venda*, inibindo enormemente o investimento do pequeno capital imobiliário em construção para locações e criando as bases para a proliferação da construção dos “arranha-céus” de Copacabana, a cargo do grande capital de incorporação, que assume o controle da produção formal de moradia daí em diante.⁴²

Criava-se a partir daí, como política pública, o *princípio da casa própria* e o incentivo à incorporação imobiliária.

O resultado dessa equação, agravado consideravelmente pela destruição de centenas de prédios que ainda serviam de moradia popular no centro histórico da cidade, no governo do prefeito Henrique Dodsworth (1937-1945), foi o brutal encolhimento das opções do mercado *formal* da moradia para as classes mais pobres e a consequente explosão da produção informal. Os autores que tratam do tema anotam que o número de favelas e de loteamentos irregulares e clandestinos cresceu de forma exponencial, na já metrópole do Rio de Janeiro, na década de 1940.⁴³

Nem as milhares de casas próprias financiadas pelos Institutos de Previdência (IAP's) do Governo Vargas, nem as construções de habitações populares da Fundação da Casa Popular de 1946, ou a construção de Parques Proletários e de Conjuntos Habitacionais, onde se instalaram moradores de favelas removidas pelo Poder Público... impediram que a tendência de dualização das formas de produção da moradia na metrópole do Rio de Janeiro se mostrasse inteira a quem quisesse enxergar: de um lado, a construção de moradia submetida às regras do mercado formal organizado, já agora dominado pelo capital de incorporação impul-

42 Nesse sentido, RIBEIRO, Luiz César de Q. *Dos Cortiços...* Op. cit., 1997, p. 332; e também MORAIS, Maria da Piedade e CRUZ, Bruno de Oliveira. *Housing demand, tenure choice and housing policy in Brazil*. Disponível no site: <http://www.worldbank.org/urban/symposium2007/papers/piedade.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2009.

43 Cf., p. ex., RIBEIRO, Luiz César de Q. *Dos Cortiços...* Op. cit., 1997, p. 257 e ABREU, Maurício de A.. *A Evolução urbana...* Op. cit., 1987, p. 106.

sionado pela intervenção do Estado, acessível predominantemente para elites e classes médias da população; de outro, a autoprodução da moradia, ou o desenvolvimento de mercados não regulamentados (mercados *informais*), nos assentamentos informais, acessada por grande parte das classes mais pobres.

Merece destaque o fracasso do mais estruturado de todos os planos habitacionais do Governo: o Sistema Financeiro de Habitação, criado em 1964. Embora responsável por uma certa difusão da propriedade privada da moradia no Brasil, mais de 80% dos empréstimos concedidos pelo seu agente financiador, o BNH, teve como beneficiários mutuários com renda superior a 5 (cinco) salários mínimos, deixando de fora, portanto, a maior parte das classes mais pobres. Daí o impressionante dado nacional de que, para cada habitação financiada pelo SFH no Brasil, entre 1964 e 1986 (foram 4,8 milhões), corresponderam três habitações irregulares edificadas em assentamentos informais (foram 15 milhões).⁴⁴

Dados específicos para a cidade do Rio de Janeiro na década de 1970 e início da década de 1980, coligidos pelo citado Luiz César de Queiroz Ribeiro⁴⁵ – os quais dão uma dimensão da situação mais ampla da metrópole – mostram que o panorama nacional se reproduzia parcialmente na capital fluminense. Com efeito, entre 1974 e 1983, um período de expansão do parque imobiliário formal, cerca de 56% (cinquenta e seis por cento) da produção de moradias na cidade não era formalizada junto à Prefeitura. Daí concluir o autor:

quando comparamos a ‘produção real’ com os lançamentos imobiliários, expressão da produção sob o regime da incorporação imobiliária, verificamos que a produção capitalista não somente representa uma parcela reduzida da construção da

44 O trabalho citado foi originalmente escrito em inglês, para apresentação em Congresso Internacional no qual foi premiado, e ainda não ganhou tradução. A referência dos dados no original é: “loans to medium and high income class absorbs the bulk of credit to self-owned house, because less than 20% of the BNH beneficiaries perceived income below 5 minimum wages. BNH has financed 4.8 million dwelling, from 1964 to 1986, only 25% of the increment of the housing stock in the period, with the other 75% being produced outside formal housing financial system, through self-help housing in peripheral settlements or slums”. MORAIS, Maria da Piedade e CRUZ, Bruno de Oliveira. *Op. cit.*, p. 13.

45 O método utilizado pelo autor é inovador e inteligente: através da análise dos arquivos da LIGHT, responsável pela distribuição elétrica na cidade do Rio de Janeiro, ele compara o número de *novas ligações residenciais* de fornecimento de luz com o número de “*habite-se*” concedido pela Prefeitura num mesmo período: a diferença existente entre os dados comparativos, com um número muito maior de ligações novas em relação a “*habite-se*” concedidos, corresponde a um percentual seguro de produção informal da moradia.

*cidade, como também ocorre uma expansão da construção 'ilegal', concomitantemente com a da produção capitalista.*⁴⁶

Como se vê, mesmo a política da difusão da *propriedade privada* da moradia, a partir do considerável alargamento do crédito imobiliário, é irremediavelmente seletiva; o mercado – mesmo o *mercado informal de aluguéis*, hoje instituído em muitos assentamentos informais da metrópole fluminense – será sempre inatingível para um certo contingente de pessoas, que, não obstante, como uma condição básica da existência, precisam *morar*.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma herança jurídica, fundada no desdobramento dos poderes do *proprietário*, e uma herança social, fundada na *universalização fática do princípio de mercado*, que, provavelmente, estão enraizadas na *memória social* e na *formação profissional* de nossos juristas, naturalizando a (falsa) ideia de que, mesmo atualmente, *fora* do marco da propriedade e *fora* do marco mercadológico formal acima esboçados, a moradia seria constituída *ilegalmente*.

Ocorre que, segundo as normas jurídicas vigentes, a pretensão exclusivista do *marco proprietário* e do *marco mercadológico* de apropriação e ocupação do território está ultrapassada. Normas de direitos humanos, normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras – algumas delas citadas na introdução deste artigo – protegem a posse constituída para fins de moradia enquanto *gênero*, não importando a *forma específica* de que ela se revista: *moradia/compra e venda/propriedade, moradia/promessa de compra e venda/propriedade, moradia/aluguel/posse desdobrada dos poderes do proprietário...* ou *moradia de favela, ou moradia de ocupação de áreas ou prédios públicos e privados abandonados* etc.

Assim, torna-se no mínimo *problemática* a questão da “legalidade/ilegalidade” da moradia constituída nos assentamentos informais, uma questão a ser, no mínimo, ponderada e judiciosamente debatida em cada caso concreto. Daí o anacronismo de referências, ainda usuais no meio jurídico, aos assentamentos informais como “assentamentos ilegais”.

46 RIBEIRO, Luiz César de Q. "Dos Cortiços..." *Op. cit.*, 1997, p. 296-7. Para uma análise da atual distribuição da moradia na metrópole do Rio de Janeiro, inclusive do mercado *informal*, cf. RIBEIRO, Luis César de Q.. "Segregação, desigualdade e habitação: a metrópole do Rio de Janeiro". Disponível em http://www.observatoriodasmetrópoles.ufrj.br/download/anpur_luiz_cesar.pdf. Acesso em 12/07/2009.

Afinal, que valor teria a construção de toda uma arquitetura protetiva do direito à moradia se sua aplicação ficasse adstrita às pessoas que já são protegidas pelo estatuto da propriedade ou do inquilinato? Que valor teria se as pessoas que mais carecem de *segurança jurídica da posse* – os moradores de assentamentos informais – não forem concebidas, nos processos judiciais concretos, como titulares do direito à moradia?

O marco jurídico mudou, mas muitas mentes continuam fixadas a Ihering e Bevilacqua – e esse parece ser, definitivamente, um dos obstáculos ideológicos importantes contra a aplicação do direito à moradia, pelos tribunais brasileiros, aos assentamentos informais.

O desafio, no campo do Direito, está, então, em dar efetividade à “nova” normativa jurídica nas muitas Ações Cíveis Públicas, Ações de Reintegração de Posse e Ações Reivindicatórias instauradas no país contra os assentamentos informais, relativizando a importância da propriedade e do mercado formal na construção dos novos e complexos critérios de *legalidade da moradia*.❖

A Decisão do STF, o Princípio Constitucional da Igualdade e a Vedação de Discriminação. O Afeto como Paradigma Norteador da Legitimidade das Decisões Judiciais. A Família Contemporânea e sua Nova Formatação.

Mauro Nicolau Junior

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. FAMÍLIA

Sem descurar ou desconsiderar os avanços já experimentados na área do Direito de Família a partir da Constituição Federal de 1988, mas já demonstrando sinais de reação a partir da metade do século XX, a travessia para o novo milênio traz consigo valores diferentes e uma conquista impossível de continuar se ignorando:

*[A] família não é mais essencialmente um núcleo econômico e de reprodução, onde sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. Passou a ser – muito mais que isto – o espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito. (DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. VIII)*

Isso já pregava Rudolf Von Ihering no longínquo ano de 1888. No

prefácio da primeira edição de seu livro **A luta pelo Direito**, ele afirmou:

*Consciência do direito, convicção jurídica são abstração da ciência que o povo não compreende; a força do direito reside no sentimento, exatamente como a do amor; a razão e a inteligência não podem substituir o sentimento quando este falta. (IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução João Vasconcelos. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 38)*

Esse mesmo amor – que atravessa os tempos, penetra a história, altera os destinos e determina os rumos de pessoas, povos, civilizações e impérios – veio a ser cantado na poesia refinada de Renato Russo: “ainda que eu falasse a língua dos anjos, sem amor, eu nada seria”.

Há, reconhece-se, uma imortalização na ideia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade:

*a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este locus que se renova sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. (TEPEDINO, Gustavo. **Novas formas de entidades familiares**: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326)*

Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros e a todos, a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar seus sentimentos, esperanças e valores, permitindo que cada um se sinta a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. Isso, com toda a certeza, não se funda em lei, vínculo sanguíneo ou sexo.

Exatamente em função dessa importância, dessa relevância da família remodelada, reconfigurada, repersonalizada e humanizada, não pode o Poder Judiciário afastar os olhos e deixar de considerá-la como fator preponderante na construção e na formação da personalidade do homem e na eterna busca da felicidade. Neste texto, tenta-se identificar traços que possam caracterizar a família do futuro, partindo do princípio de que só haverá

família se ela for fundada em bases sólidas de afetividade e amor.

Essa realidade, no entanto, encontra obstáculos na legislação, que, a despeito de modernizada e oxigenada pela CRFB de 1988 e pelo novo Código Civil, ainda não se mostra suficiente para dar conta da flexibilidade desses relacionamentos. A título ilustrativo, pode-se citar, por exemplo, a ausência de regulamentação dos direitos, deveres e consequências da relação homoafetiva, não só no que diz respeito ao patrimônio amealhado durante a constância desse vínculo, mas também à possibilidade de adoção, fixação de alimentos e tudo o mais que deve ser objeto de deliberação por ocasião da separação de um casal “casado”.

Julgamentos, não raramente, são fundamentados na vedação ao enriquecimento sem causa, que tem sua eficácia não na falta de causa, *senão na presença de um prejuízo que vai contra os parâmetros da justiça e da moral e que lesiona, ademais, os interesses patrimoniais daqueles que, sozinhos, ou com outros, laboraram durante muitos anos para forjar um patrimônio*. (GROSS, Alfonso Oramas. **El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones**. Buenos Aires: Edino Jurídicos, 1988, p. 74).

A esse respeito, parece que o ideal seria a tutela da família, não em função do patrimônio eventualmente amealhado, o qual pode inexistir, mas pelo simples fato de haverem, um dia, deliberado que se manteriam juntos, sem qualquer outro anseio que não fosse viver em paz e buscar a felicidade.

Todos esses aspectos legais e jurídicos sofreram a incidência de uma interpretação humanista, voltada à consecução dos objetivos comuns de pessoas que estejam e se mantenham juntas voluntariamente, uma hermenêutica atualizada e atualizável, flexível, progressista e permeável, de forma a acompanhar a evolução social, umbilicalmente conectada aos direitos humanos e fundamentais, alguns prescritos nas Constituições Federais, outros não, mas determinantes de todas as demais normas.

2. DECISÃO JUDICIAL

O valor socioafetivo da família é uma realidade da existência. Ela se qualifica com o transcorrer dos tempos, não é um dado e sim um construído.

(Luiz Edson Fachin)

Assim, a questão da legitimidade da decisão judicial se apresenta

com força total. Miguel Reale (REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105) explica que a validade jurídica compreende os problemas da vigência, eficácia e fundamento (ou validade ética), que é entendido como a adequação do direito a valores e ideias aceitos pela comunidade.

Jürgen Habermas analisa a questão da legitimidade fazendo derivar *a crença na legalidade a partir de uma crença na legitimidade que possa ser justificada (Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 223-224), de tal forma que a legitimidade forneceria à legalidade e à racionalidade procedimental teor moral, permitindo o entrelaçamento da moral com o direito. Há uma distinção entre *legitimidade* e *legitimação*. Em síntese, a legitimidade se apoia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, ao passo que a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e dos seus princípios fundamentais.

No entanto, não se pode olvidar que, numa sociedade de homens livres, a justiça tem de estar acima de tudo; sem justiça, não há liberdade.¹ A igualdade passa, então, a exercer o papel de harmonização, juntamente com os da ponderação, razoabilidade e transparência, os quais são princípios de legitimação que possibilitam o equilíbrio entre todos os princípios constitucionais. Robert Alexy afirma que a legitimação da decisão judicial só pode derivar da *argumentação jurídica racional, que a ideia de racionalidade discursiva* (ALEXY, Robert. "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático". in **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 217, 1999, p. 55-66), ela apenas se realiza em um Estado democrático constitucional, o qual, sem discurso, é impossível existir.

Assim, o Poder Judiciário deverá também se mover segundo tais princípios legitimadores de suas decisões, abandonando o sistema hierarquizado de valores e adotando a ponderação e a proporcionalidade, segundo a igualdade formal entre os ditos valores, que devem ser subordinados aos princípios. Sobre os princípios, reformulando velhas posições positivistas, Gustav Radbruch, na sua obra *Cinco minutos de filosofia do Direito*, afirmou: *Há, por isso, princípios fundamentais do direito que são mais fortes que cada regra jurídica, de tal forma que uma lei que lhe contravenha perde a sua validade* (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**.

1 STJ, 4ª Turma, Resp. 226.436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u. j. 28/6/2001 (**Revista do Superior Tribunal de Justiça**, p. 403, 2002).

Trad. Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Armando, 1979, p. 189).

No texto constitucional, há o ideário de uma sociedade: seus valores, suas tradições e, em teor considerável, seus sonhos. Assim foi e assim será com todas as Constituições. Luís Roberto Barroso afirma:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. ("Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro". **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 54, 2001 a, p. 47)

Entretanto, as Constituições determinam uma espécie de ruptura no imaginário coletivo. Elas assinalam a esperança no porvir e a possibilidade de sepultamento de um passado que incomoda, algema e angustia. Ao mesmo tempo, dão origem a um futuro radiante e promissor, e incumbe a todos que atuam em consonância com as diretrizes constitucionais, notadamente as destinadas à concretização dos direitos humanos, a tarefa de fazê-las presentes e atuantes, a despeito do reconhecimento de que, em países de modernidade tardia, como o Brasil, há necessidade de uma Teoria da Constituição Dirigente, que, nas palavras de Gomes Canotilho, *estará morta [...] se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário, capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias.* ("O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio: de uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida". In: SORIANO, G. (Ed.). **Constitución y constitucionalismo hoy**. Caracas: Fundación Manuel Garcia-Pelayo, 2000, p. 217, 225).

Essa abordagem, segundo Lênio Luiz Streck,

pode também ser entendida como uma Teoria da Constituinte Adequada a Países Periféricos, devendo tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. (STRECK, Lênio Luiz. "Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais no

Brasil". In: ANDRADE, André (Org.). **A constitucionalização do Direito – A Constituição como locus da hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 23)

O tempo é implacável e se faz presente, mesmo em modelos até então aceitos como paradigmas imutáveis. No entanto, **os paradigmas concernentes aos laços familiares já não respondem aos questionamentos que se vão delineando e que impulsionam a busca de recriar (ou refigurar) a realidade.** Às vezes, a insatisfação com o que é velho é produtiva e marca o efetivo encontro de soluções criadoras, como ocorreu, por exemplo, com a bossa nova e outros estilos musicais.

Importa a reflexão sobre a situação da pessoa em sociedade, como fruto e resultado da convivência familiar, de sua aceitação ou rejeição pela família e pela sociedade, dos estímulos recebidos com o intuito da formação de sua personalidade e voltando olhar diferenciado sobre esta instituição chamada **“família”, que parece vir se moldando e se constituindo, fundamentada em parâmetros de amor, afetividade, empatia e afinidade,** restando ultrapassadas as normas legais que apenas a admitem se fundamentadas em laços de consanguinidade, adoção, casamento ou “união estável” entre pessoas de sexos diferentes.

Mantém-se a preocupação de clarificar o papel do Poder Judiciário como *locus* ideal a pensar e interpretar o direito voltado à compreensão dos relacionamentos entre pessoas que vêm propiciando e experimentando evolução, mas sempre em busca da felicidade. Esse direito há de ser democratizado e oxigenado para aproximá-lo do cidadão.

Em outras palavras, a intenção deste texto é deixar claro que, **ao se distanciar dessa realidade, a Justiça estará descumprindo sua função constitucional e, talvez, ensejando pensar em sua desimportância como instrumento eficaz à consecução do objetivo maior a alcançar-se – a paz social.**

Com esse raciocínio, chega-se à nítida conclusão de que as normas legais existem em função da pessoa, e não vice-versa, não podendo servir o positivismo de motivo para a negação de direitos. Porém, indicar-se-á também que há disponíveis sistemas hermenêuticos aptos e eficientes a amparar cientificamente posições e decisões que não mais se contentem com a repetição de velhos paradigmas que já não condizem com a realidade social e que, da mesma forma, dão conta de afastar as críticas daqueles que veem no sistema composto por princípios possibilidade exacerbada de subjetivismo do julgador.

O tema é desenvolvido de forma a se dar conta dos objetivos estabelecidos, o que será feito pelo método desconstrutivista, sem, contudo, esquecer que, para o aprimoramento do sistema judicial de forma a torná-lo verdadeiramente a caixa de ressonância dos anseios democráticos da sociedade, *há muita coisa para ser desfeita, muita para ser refeita e muita para ser feita*, como observou, a respeito do sistema de educação superior a professora e filósofa Marilena Chauí (CHAUÍ, Marilena. Universidade. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, 16 jun. 2004, Primeiro Caderno, p. A-10).²

Pelo debate acadêmico despido de vaidades e conservadorismos exacerbados, pela dialética, pelo pensamento voltado à junção de esforços oriundos das diversas áreas do conhecimento e pela ciência, é possível buscar a melhor forma de tratar as relações familiares, por vezes, tão íntimas e prazerosas e, por outras, portadoras de tantos dissabores, dores, frustrações e sentimentos de rejeição, na certeza de que, como já dito, apenas o afeto justifica sua permanência e constância.

Interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos, acima de conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de expropriação da cidadania. (Rodrigo da Cunha Pereira)

3. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Podem-se distinguir três grandes períodos na evolução da família. Numa primeira fase, a família dita “tradicional” servia, acima de tudo, para assegurar a transmissão de um patrimônio. Os casamentos eram, então, arranjados entre os pais, sem que se levasse em conta a dimensão afetiva dos futuros esposos, em geral unidos em idade precoce. Por essa ótica, a célula familiar repousava em uma ordem do mundo aparentemente imutável e inteiramente submetida a uma autoridade patriarcal, verdadeira transposição da monarquia de direito divino.

Numa segunda fase, a família dita “moderna” tornou-se o receptáculo de uma lógica afetiva, cujo modelo se impõe entre o fim do século XVIII e meado do século XX. Fundada no amor romântico, a família sanciona a reciprocidade dos sentimentos e os desejos carnis por intermédio do casamento. Mas valoriza também a divisão do trabalho entre os espo-

² Trecho do discurso de sua posse na Câmara de Ensino Superior do Conselho Nacional de Educação (CNE).

sos e, ao mesmo tempo, faz do filho um sujeito cuja educação sua nação é encarregada de assegurar. A atribuição da autoridade torna-se, assim, motivo de uma divisão incessante entre o Estado e os pais, de um lado, e entre pais e mães, de outro.

Finalmente, a partir da década de 1960, impôs-se a família “contemporânea” ou “pós-moderna”, que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou de realização sexual. A transmissão da autoridade vem se tornando, então, cada vez mais problemática, à medida que divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam.

Que esta organização familiar seja o sintoma da importância que o século XIX atribuía à vida privada, ou que esta seja imposta como objeto de estudo em função desse movimento, importando em verdadeira reviravolta que se produziu na sociedade ocidental em torno de 1850 na esfera do privado, como sublinha Michel Perrot (PERROT, Michel. *História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. (Volume IV: Da Revolução à Primeira Guerra), surgiu então uma zona obscura e maldita para se tornar o lugar de uma das experiências subjetivas mais importantes de nossa época.

A psicanálise foi, de certa maneira, o paradigma do advento da família afetiva contemporânea, uma vez que contemplava, ao fazer dessa família uma estrutura psíquica universal, um modo de relação conjugal entre os homens e as mulheres em que não repousava mais uma coerção ligada à vontade dos pais, mas sim uma livre escolha dos filhos. O romance familiar freudiano supunha, com efeito, que o amor e o desejo, o sexo e a paixão estivessem inscritos no cerne da instituição do casamento.

Com a evolução dos relacionamentos e, notadamente, da conquista feminina de um espaço na sociedade que caracteriza as mulheres como pessoas, independentes dos maridos, sem precisarem de um homem (marido ou pai) para chancelar seus atos, em 1970, na França, foi suprimida a expressão “chefe de família”. No Brasil, isso só ocorreu de forma significativa com a Constituição Federal de 1988, com a corroboração e a confirmação da absoluta igualdade entre os cônjuges, sejam eles casados ou não.

4. AS TRANSFORMAÇÕES DA FAMÍLIA E A ÉTICA

De que ser humano estaremos falando até o fim do século? Atualmente, vê-se, cada vez mais perto e real, o problema da clonagem do ser

humano. O mundo se debate entre as possibilidades científicas potencialmente existentes, a ética na prática de tal conduta e os eventuais resultados, havendo possibilidade também da criação de figuras monstruosas e condutas absolutamente desumanas.

Como exemplo, basta lembrar que, em 2002, um ginecologista italiano, Severino Antinori, ganhou celebridade ao recorrer a todas essas técnicas para que mulheres na menopausa pudessem ser mães. Ao lado de Claude Vorilhon, guru da seita Raël, Antinori foi o primeiro a preconizar experimentos de clonagem reprodutiva. Em 2002, declarou:

*Confirmo que três mulheres encontram-se atualmente grávidas, duas na Rússia e a terceira em outro país, depois da implantação in utero de embriões humanos a partir da técnica da transferência nuclear, e que os nascimentos deverão ocorrer em dezembro de 2002 ou em janeiro de 2003. (ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 174)*

Esse fato, a despeito de não ter sido confirmado real e cientificamente, atraiu as atenções e preocupações do mundo todo.

Durante muito tempo, assinalou François Jacob,³ tentou-se ter prazer sem filho. Com a fecundação *in vitro*, tiveram-se filhos sem prazer. Agora, conseguem-se fazer filhos sem prazer, nem espermatozóides. E ele indagou: será que teremos paz no mundo? (*apud* ROUDINESCO, 2003, p. 174). Esse comentário ácido ilustra perfeitamente como foi recebida pela opinião pública a grande questão da família do fim do século XX.

No início do século XXI, vivencia-se o dilema da incerteza e da complexidade, similar, talvez, àquele experimentado no período romano, quando se entendia que o homem, pela sua vontade, era o condutor e único propiciador da existência de filhos, para, posteriormente, no período cristão, atribuir isso unicamente a Deus. Convive-se, agora, com a possibilidade de ver a criação de pessoas e filhos depender da vontade já não mais de Deus ou dos pais, mas de terceiros, servindo-se de conhecimentos científicos que, obviamente, não são acessíveis à maioria da população, carreando sérios e fundados temores quanto ao futuro e à própria existência da raça humana como hoje ela é conhecida.

3 Prêmio Nobel de Medicina em 1965, dividido com André Lwoff e Jacques Monod, por pesquisas e descobertas relativas às atividades regulatórias das células.

A mesma preocupação é explicitada por Jürgen Habermas, quando indaga:

*Devemos considerar a possibilidade, categoricamente nova, de intervir no genoma humano como um aumento de liberdade, que precisa ser normativamente regulamentado, ou como a autopermissão para transformações que dependem de preferências e que não precisam de nenhuma autolimitação? Somente quando essa questão fundamental for resolvida em favor da primeira alternativa é que se poderão discutir os limites de uma eugenia negativa e inequivocamente voltada à eliminação de males. (HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 18)*

Na atualidade, discute-se também a respeito da formação de famílias independentes do casamento, que existe no Brasil há muito tempo. Recentemente, essa formação foi oficializada pela legislação que reconheceu os vínculos do concubinato e da união estável, bem como, a despeito de ainda não ser objeto de regulamentação legislativa, aqueles grupos familiares (e não se poderia deixar de reconhecê-los como tal) formados por pessoas do mesmo sexo, como recentemente decidiu o Supremo Tribunal Federal, como bem preconiza Rodrigo da Cunha Pereira:

*As relações amorosas entre pessoas do mesmo sexo interessam à ciência jurídica, não só porque daí podem decorrer consequências patrimoniais e previdenciárias, mas também porque está ligado a isso o pilar que sustenta o Direito: Justiça. Associada à ideia de Justiça está a palavra de ordem da contemporaneidade: cidadania. Esse ideal democrático significa não à exclusão do laço social e aprender a conviver com as diferenças. Diferenças de raça, de classes, de religião, de pensamentos e de preferências sexuais diferentes das tradicionais ditas “normais”. **A estigmatização das pessoas que estabelecem relação afetiva com outras do mesmo sexo já ocasionou muita injustiça ao longo da história. Não podemos permitir que o direito continue sustentando essas injustiças e, conseqüentemente, o sofrimento e a marginalização.** (Texto da contracapa. In: DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – Preconceito e a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001)*

Maria Berenice Dias (**União homossexual: o preconceito & justiça**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001), quando comenta o fato de que o novo Código Civil não trata da questão da união de pessoas do mesmo sexo, nem no âmbito do Direito de Família, nem no das obrigações, esclarece que Miguel Reale ("Visão geral do projeto de Código Civil". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 752, p. 26, jun. 1998), relator do projeto, rebateu as críticas recebidas pela omissão, chamando-as de "apressadas" e "absolutamente sem sentido". Reale se justifica dizendo que essa matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre um homem e uma mulher. Sustenta que, para cunhar-se a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar é preciso mudar a Constituição. Não era essa a tarefa da comissão de redação final do Código Civil e muito menos do Senado, concluiu Reale.

Em 18 de agosto de 2001, a Câmara dos Deputados aprovou o parecer do relator, deputado Ricardo Fiúza, que, no relatório final, no item "Algumas questões não tratadas", discorre sobre "A questão da união civil" e justifica a sua ausência alegando impossibilidade técnica. Diz ele que é notório que as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo provocam conflitos religiosos, diante de usos e costumes longamente sedimentados, muitas vezes apenas para efeitos públicos, ou seja, o legislador não se deu conta de viver num Estado Laico e, da mesma forma, não se dispôs a enfrentar as evidentes reações religiosas que se seguiriam, preferindo, então, simplesmente ignorar as forças de um movimento social crescente a cada dia.

Certamente ainda com grande influência da escolástica,⁴ é vedado às pessoas que sejam felizes se o preço dessa felicidade significar o mínimo arranhão aos seus cânones religiosos, usos e costumes longamente sedimentados, muitas vezes apenas para efeitos públicos. **É preciso, todavia, que se afastem as posturas ortodoxas e discriminatórias.** Também é preciso atentar que, em todo o capítulo do Direito de Família, o novo Código Civil dá especial ênfase às relações afetivas. Nesse caso, **dever-se-ia reconhecer que a busca da felicidade entre duas pessoas extrapolou a**

4 A escolástica representa o último período do pensamento cristão, que vai do começo do século IX até o fim do século XVI, isto é, da constituição do sacro romano império bárbaro ao fim da Idade Média, que se assinala geralmente com a descoberta da América (1492). Chama-se escolástica porque era a filosofia ensinada nas escolas da época. Os mestres, por sua vez, eram chamados de escolásticos. As matérias ensinadas nas escolas medievais eram representadas pelas chamadas artes liberais, divididas em trívio (gramática, retórica e dialética) e quadrívio (aritmética, geometria, astronomia e música). A escolástica surge, historicamente, do especial desenvolvimento da dialética.

rigidez e o engessamento do direito positivo, até porque a Constituição Federal veda terminantemente qualquer espécie de preconceito em razão de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV).

Depois de declarar que o Projeto de Lei 1.151, de 1995, de autoria da então deputada Marta Suplicy, no mínimo vem ao encontro de uma realidade fenomenológica que não é despercebida pelos operadores do Direito, afirma Miguel Reale que pelo menos a questão patrimonial entre parceiros civis deveria ter sido disciplinada no Direito das Sucessões.

Conclui Maria Berenice Dias:

*Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito recíprocos, com o objeto de construir uma família, tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, constitui uma entidade familiar, nada impedindo que seja reconhecido o direito à adoção pelo par. Ante tais colocações, em apertada síntese, pode-se dizer: o Direito deve acompanhar o momento social. Assim como a sociedade não é estática, estando em constante transformação, o Direito não pode ficar estático à espera da lei. **Se o fato social se antepõe ao jurídico, e a jurisprudência antecede a lei, devem os juízes ter coragem de quebrar preconceitos e não ter medo de fazer justiça. Nada justifica a verdadeira aversão em se fazer analogia com o casamento ou com a união estável, e não aplicar a mesma legislação aos relacionamentos homoafetivos.** Conforme bem assevera Rodrigo da Cunha Pereira: *Interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos acima de conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de expropriação da cidadania. (União homossexual: o preconceito & justiça. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 176)**

Não se pode desconsiderar que, durante muito tempo, o comportamento homossexual foi considerado doença, perversão, devassidão e desvio de conduta, que conduzia à obscuridade e à clandestinidade, fatores que culminaram com a dizimação de toda uma geração nascida entre

1945 e 1960, pelo advento abrupto e violento da Aids, no exato momento em que essa geração acabava de conquistar sua liberdade.⁵

Surgiu, então, de forma bem mais massificada, sobretudo para os homens, o desejo de gerar e de transmitir uma história. Sob esse aspecto, os homossexuais adaptaram-se à conservadora ideologia familiar de sua época: uma estrutura desconstruída, medicalizada, esfacelada, periciada, entregue ao poder materno. Além disso, essa estrutura já escapara à antiga autoridade patriarcal que se buscava – no entanto, em vão – não revalorizar, mas restabelecer, fazendo com que ela passasse pela quintessência de uma ordem simbólica imutável.

A respeito desse relacionamento homossexual ou homoerótico e do projeto de lei existente no Congresso Nacional, de autoria da então deputada Marta Suplicy, assevera o íncrito magistrado fluminense Antônio Carlos Esteves Torres (TORRES, Antônio Carlos Esteves. **União Civil – O Projeto**. 2003. Inédito):

[...] a matéria é excessivamente complexa para permitir conclusões definitivas e lineares. Por enquanto, não será ousado se trouxermos, a título de subtotal, os seguintes dados: a) enquanto estiver nas entrelinhas da Constituição o conceito ortodoxo de casamento, união entre seres de sexo diferente, o projeto não terá vida. É absolutamente inconstitucional; b) a hipótese, além de ter de suplantar o impeditivo constitucional, em termos biossociológicos, está longe de ser conceituada com clareza indiscutível; c) os temores expostos nas justificativas da proposta bem poderiam ser debelados via de procedimentos já existentes para a preservação dos interesses comuns dos parceiros, testamento, participação nas aquisições, doações, para efeitos patrimoniais, sendo certo que, apenas com a atuação no setor moral, psicológico, social, podem-se obter resultados no setor da aceitação e do respeito, ainda longe, a nosso ver, a possibilidade de, via legislativa somente, produzirem-se efeitos preservadores desses objetivos.

⁵ Em relação ao período de 1982 a 2002, contabilizaram-se 80 mil mortos na França e 25 milhões no mundo. Ver POLLAK, Michel. **Les homosexuels et le sida**. Paris: Métailié, 1988 e POMMIER, François. **La psychanalyse à l'épreuve du sida**. Paris: Aubier, 1996.

Costuma-se objetar que a relação homoerótica não se constitui em espécie de união estável, pois a regra constitucional e as Leis 8.971/94 e 9.278/96 exigem a diversidade de sexo.

Nesse sentido, argumenta-se que a relação sexual entre duas pessoas capazes do mesmo sexo é um irrelevante jurídico, pois a relação homossexual voluntária em si não interessa ao Direito, em linha de princípio, já que a opção e a prática são aspectos do exercício do direito à intimidade, garantia constitucional de todo o indivíduo (art. 5º, X), escolha que não deve gerar qualquer discriminação, em vista do preceito da isonomia.

O amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça. É preciso que se enfrente o problema e se encare uma realidade que bate à porta da hodiernidade. Mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não é possível abdicar de atribuir à união homossexual os efeitos e a natureza dela, até porque a Constituição Federal veda, de forma categórica e definitiva, qualquer forma de preconceito,⁶ além do fato de a Lei 8.081, de 21 de setembro de 1990, ter estabelecido que quaisquer atos discriminatórios ou de preconceito em relação a raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, veiculados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza, são considerados crime.

Assim, como se pode aceitar o gritante preconceito – ainda estabelecido, exercido e defendido de forma majoritária – contra a preferência sexual, que, muitas vezes, sequer opção existe? Talvez seja uma *norma constitucional inconstitucional*, pois quando se limitam o casamento e a união estável a pessoas de sexos diferentes, a Constituição Federal volta-se contra o princípio norteador insculpido no artigo 3º, inciso IV.

Cabe destacar, desde logo, que a permanência de uma Constituição depende, em primeira linha, da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe diante da comunidade que ela mesma constitui. Os princípios informam todo o sistema jurídico. Eles são normas, e as normas compreendem as regras e os princípios.

Os princípios, além de atuarem normativamente, podem ser relevantes, em caso de conflito, para um determinado problema legal, mas

⁶ No artigo 3º da Constituição Federal diz-se: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

não estipulam uma solução particular. Na feliz síntese do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 61), os princípios são abstrações de segundo grau, normas de normas, em que se buscam exprimir proposições comuns a um determinado sistema de leis. Eles dispõem de maior grau de abstração e menor densidade normativa. “Como enunciados genéricos que são, estão a meio passo entre os valores e as normas na escala da concretização do Direito e com eles não se confundem”, observa Ricardo Lobo Torres (**Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 79).

Não resta alternativa senão recorrer à técnica da *ponderação de valores*, na busca de compor esses pontos de tensão principiológica. Luís Roberto Barroso (**Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, p. 185) entende que se trata de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma das normas, associá-lo a determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referências máximas as decisões fundamentais do constituinte.

Essa técnica faz-se mister quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre, pelo menos, dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Há de prevalecer aquele de maior peso para a solução do caso concreto, tema que será mais bem desenvolvido nos próximos capítulos.

5. O SEXO E A HOMOAFETIVIDADE

Nas culturas ocidentais contemporâneas, a homossexualidade tem sido, até então, a marca de um estigma, pois se relegam à marginalidade aqueles que não têm sua orientação sexual de acordo com padrões de moralidade dominantes. Isso não diz respeito apenas à homossexualidade e à heterossexualidade, mas a qualquer comportamento sexual definido como anormal, como se isso pudesse ser controlado e colocado dentro de um padrão normal (PEREIRA, Rodrigo, 1997, **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 43) ou como se pudesse afirmar que existem padrões de normalidade legítimos.

Ao se manter tais posicionamentos, escancaradamente preconceituosos, estar-se-á relegando a Constituição Federal a uma norma meramente programática, sem eficácia, aplicabilidade e, em última instância, sem valor, pois, desse modo, é desvinculada e desconectada da realidade

e de valores sociais latentes e presentes. Como assinala Hermann Heller, “se se prescinde da normalidade social positivamente valorada, a Constituição, como mera formação normativa de sentido, diz sempre muito pouco” (**Teoria del Estado**. 4ª ed. Tradução e prólogo de Gerhart Niemeyer. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1961, p. 276). O sistema jurídico pode ser um sistema de exclusão, já que a atribuição de determinada posição jurídica depende do ingresso da pessoa no universo de titularidades que o sistema define. Opera-se a exclusão quando se negam às pessoas ou situações as portas de entrada da moldura das titularidades de direitos e deveres. Diz Luiz Edson Fachin:

Tal negativa, emergente de **força preconceituosa dos valores culturais dominantes em cada época, alicerça-se em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado, mas este medieval jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos que emanam das parcerias de convívio e afeto**. (“Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo”. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 114)

Com fundamento nesse afeto, alçado e reconhecido, agora, como elemento jurídico importante no relacionamento entre pessoas, a Egrégia Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por meio do Provimento 6/4 de 17 de fevereiro de 2004, acrescentou um parágrafo ao artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral, para prever que:

As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou posição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito. (Sem destaque no original)

Sobre essa inovação, Maria Berenice Dias (**Afeto registrado**. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/asmaisnovas24052004x.htm>>. Acesso em: 24 maio 2004) afirma que as serventias vinham se recusando

a proceder ao registro de documentos declaratórios dessas relações, sob alegação da ausência de lei que as previsse. Considerando tal procedimento como discriminatório, a autora afirma que a “negativa, às claras, encobria postura preconceituosa e discriminatória, já que não há ilicitude ou ilegalidade nas uniões que agora são nominadas de homoafetivas”. E ela conclui:

A omissão do Estado havia levado as organizações de defesa da livre orientação sexual a proceder ao registro das uniões estáveis homossexuais em livro próprio da entidade. O fato de tais registros carecerem de reconhecimento jurídico não impediu que uma infinidade de casais buscasse consolidar suas uniões.

Resgata assim o Estado do Rio Grande do Sul sua função registral e certificatória dos atos e contratos firmados pelos cidadãos, garantindo o direito fundamental à obtenção de certidões, o qual tem assento constitucional (CRFB, art. 5º, inc. XXXIV, b).

Não bastasse isso, o fato de um provimento do Poder Judiciário chamar de união estável a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo é um importante marco na luta pela visibilidade do afeto que – como qualquer outro – não deve ter vergonha de dizer seu nome.

Porém, esse é um ato isolado, que se justifica pelo pioneirismo já tradicional que vem dos pampas e se alastra, com algum custo, para as demais regiões do país, impulsionado pela força e perseverança do “minuano”. Nesse ponto, já não se está afirmando apenas a exclusão de pessoas em razão de terem procedimentos, comportamentos e opções sexuais que apenas a elas dizem respeito, mas negando vigência à própria Constituição Federal, transformando-a em papelucho despido de significado, sentido e força motriz de construção e progresso social.

No entanto, o Desembargador Rui Portanova, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, argutamente observou que “o sistema jurídico como um todo permite a adoção por homossexuais” (**Família possível: desembargador defende adoção de crianças por homossexuais**. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/27435>>. Acesso em: 22 maio

2004). Segundo ele, não há norma que proíba homossexuais de adotarem uma criança, o que é juridicamente possível. Para pessoas solteiras, não há problema algum, apenas quanto à idade (de acordo com o artigo 1.618 do novo Código Civil, somente os maiores de 18 anos podem adotar uma criança). Também em relação a casais de homossexuais não existe norma alguma, de cunho permissivo ou proibitivo, a respeito. Não há, portanto, fundamento para a vedação que não seja a forma do preconceito.

Segundo Portanova, quando há uma lacuna na lei, o juiz deve decidir usando analogia. Alguns magistrados consideram que o mais próximo de uma união de homossexuais seria a sociedade de fato. Mas, para o desembargador, como é uma relação que envolve amor, o que seria mais semelhante na lei é a união estável.

Conforme observa o desembargador, o conceito de união estável viabiliza juridicamente esse tipo de adoção. O artigo 1.622 do novo Código Civil dispõe que “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou se viverem em união estável”. O artigo ainda lembra que o direito não é composto somente pelas leis, “o direito é fato, valor e norma, é a conjugação dessas três dimensões”. Para Portanova, no caso da adoção, o que deve sempre prevalecer é o princípio do melhor interesse da criança.

O assunto ainda carece de análise e estudo mais aprofundados, principalmente sob o enfoque da sociologia, da psicologia e do direito. Mas há de se louvar a coragem da afirmação de Portanova, ainda que em sede acadêmica, de se buscar a aproximação da Justiça com a realidade dos fatos da sociedade e do respeito ao princípio fundamental da não discriminação.

Busca-se, o que parece válido e legítimo, a sociologização da norma constitucional, da qual, ensina José Afonso da Silva (**Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 23), Lassale é seu exímio representante. Quando este questiona sobre a verdadeira essência do conceito de Constituição, conclui que o conceito jurídico, normativo, apenas diz como se formam as constituições, o que fazem. Entretanto, não diz o que uma Constituição é, não dá critérios para reconhecê-la exterior e juridicamente e não diz qual é o conceito de toda Constituição, a essência constitucional.

Para ele [Lassale], a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país e esses

fatores reais do poder constituem a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em substância, mais que tal e como são. (SILVA, José Afonso, 1998, p. 23)

Os valores da realidade do poder que “emana do povo”⁷ convertem-se em fatores jurídicos quando são transportados para uma folha de papel. A partir desse momento, deixam a situação de simples fatores ou valores reais de poder e assumem feição de *direito, de instituições jurídicas*. Para Lassale, “relacionam-se as duas constituições de um país: a real e a efetiva, formada pela soma dos fatores reais e efetivos que regem na sociedade, e a escrita, a que, para distinguir daquela, ele denomina folha de papel” (LASSALE, Ferdinand. **Que es una constitución?**. Tradução W. Roces. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946, p. 62). “Esta – a constituição escrita – só é boa e durável quando corresponde à constituição real” (SILVA, 1998, p. 32), àquela que tem suas raízes nos fatores de poder que regem no país.

Em países nos quais a Constituição escrita não corresponde à real, instala-se inevitavelmente um conflito que não há maneira de se manter simulado. Cedo ou tarde, a Constituição escrita, a folha de papel, tem necessariamente que sucumbir ante o empuxo da Constituição real, das verdadeiras forças vigentes no país. Esse conflito irreduzível importará sempre o desrespeito e o descumprimento da Constituição escrita e somente se resolverá se esta for modificada para ajustar-se à Constituição real ou, então, mediante a transformação dos fatores reais do poder.

Rechaçando essa lógica vertida no modismo apressado e aprofundando um debate que não seja circunstancial e passageiro, reúnem-se militantes da realidade, todos aqueles tomados por uma densa inquietude, os mesmos que, todos os dias, entre a angústia e a esperança, celebram um certo fim e, ao mesmo tempo, uma espécie de eterno recomeço. Esses militantes proferem palavras que não conseguem encontrar com nitidez o ponto onde as trevas se separam da luz e repetem a lição secular para ficar apenas na tentativa de aclarar, quanto muito, pequenas obscuridades (COSTA, Jurandir Freire. "Impasses da ética naturalista: Gide e o homoerotismo". In. NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Compa-

⁷ Palavras constantes no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.

nhia das Letras, 1992).

Os limites podem ser morais, éticos, jurídicos e, evidentemente, religiosos. Moral, ética e religião, não estando dissociadas, dizem respeito a um conjunto de concepções atribuídas a um grupo social ou a um de seus segmentos. No tocante à inseminação artificial, por exemplo, nem todas as religiões têm a mesma opinião sobre o assunto.

A problemática do *sexo dos indivíduos* é um questionamento latente e discutido no Brasil há algum tempo, até com sérias divergências jurisprudenciais. Durante longo tempo, tratado sob os aspectos anatômicos, parecia não apresentar problemas. Atualmente, a medicina considera outros aspectos, devendo-se ao sexo anatômico acrescer o sexo genético ou cromossômico, o sexo hormonal e o sexo psicológico ou psicossocial, que é a consciência do sujeito de pertencer a um sexo que é seu e determinar seu comportamento social.⁸

O *transexualismo* se caracteriza por uma contradição entre o sexo físico aparente, determinado geneticamente, e o sexo psicológico. Não se confunde, portanto, com o intersexualismo – constituído por anomalias físicas, hormonais ou genéticas que conduzem a um sexo falso – ou com o homossexualismo. Nesse sentido, esclarece Antônio Chaves que

a definição do sexo de um indivíduo obedece a critérios estabelecidos, que inclui o sexo genético que irá informar a constituição cromossômica, mas que além disso há influências psicológicas, socioculturais e ambientais que da mesma forma são responsáveis não só pelo estabelecimento do seu sexo de criação, como pelo seu comportamento e identificação sexuais, concluindo que a formação e a determinação do sexo de um indivíduo normal é fruto de inúmeros fatores e determinantes que constituem um universo inexplorado. (Direito à vida e ao próprio corpo. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 128)

Tem-se, por vezes, a tendência de associar a ética ao comportamento sexual. A ética aplicar-se-ia essencialmente ao comportamento sexual, deixando à Justiça o cuidado de gerir os outros tantos aspectos do comportamento humano. Simplificando, se a ética só se aplica à se-

⁸ Nesse sentido, a Resolução 1.492/97 do Conselho Federal de Medicina, que autoriza, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização como tratamento dos casos de transexualismo, inclui, entre outros critérios mínimos da definição de transexual, o “desconforto com o sexo anatômico natural” e o desejo expresso de eliminar genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto.

xualidade, e se ela é a única ética existente, haveria então uma ética sexual *sui generis*. Freudianos e não freudianos sugerem que a personalidade sexual é o centro da personalidade moral e que a maneira como percebemos nosso parceiro sexual e como nos comportarmos para com ele reflete e influencia nossa percepção e nosso comportamento geral em relação ao outro.

Tomemos, como exemplo, o coito heterossexual acompanhado de meios contraceptivos, tais como o diafragma ou o preservativo. Pode-se alegar, com argumentos kantianos, o que fez, em 1960, Karol Wojtyła, Papa João Paulo II, em **Amor e responsabilidade** (WOJTYLA, Karol. **Amor e responsabilidade**. Lisboa: Rei dos Livros, 1999, p. 45), que o ato sexual com contracepção é um mal moral, pois, como busca unicamente o prazer (e, assim, reduz o parceiro a um meio), ele é degradante e leva à exploração. Portanto, o ato sexual com contracepção, que, por essas razões, é um mal, não o é em virtude de seu caráter sexual. Com efeito, se Tomás de Aquino tem razão ao afirmar que o fim natural da emissão de esperma é a procriação, depreende-se de tal afirmação que o ato sexual com contracepção é imoral porque contraria o propósito da natureza.

*O mal provém do fato de tratar-se de uma atividade sexual oposta ao fim natural da sexualidade, e não da atividade sexual propriamente dita. Da mesma forma, o estupro é geralmente condenado por comportar aspectos condenáveis, tais como ameaças e constrangimentos. Numerosos exemplos similares permitem chegar à seguinte conclusão: Não é nunca o fato de um ato ser sexual que o torna um mal ou que acentua seu caráter moral, se o ato é imoral por outros aspectos. (SOBLE, Alan. "Sexualidade". In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. Tradução Maria Vitória Kesler. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003, p. 577).*

Mas ainda que de forma, por assim dizer, recatada, o próprio Papa João Paulo II exorta, em sua encíclica *Esplendor da Verdade*, algumas tendências da teologia moral hodierna. Sob a influência das correntes subjetivistas e individualistas agora lembradas, essas tendências interpretam, de um modo novo, a relação da liberdade com a lei moral, com a natureza humana e com a consciência e propõem critérios inovadores de avaliação moral dos atos. São tendências que, em sua verdade, coincidem no fato de *atenuar ou mesmo negar a dependência da liberdade da verdade* (GARCEZ FILHO, Martinho.

Direito de Família. 2ª ed. São Paulo: Paulinas, 1932. (V. 1. p. 59).

Assim, a situação ainda está longe de ser suficientemente esclarecida. Faz-se necessário o estudo mais aprofundado, o debate menos apaixonado e mais aberto a horizontes ainda não percorridos, o descortinar de teses, teorias, reflexões ainda muito incipientes, sem descuidar da ética que há de prevalecer. Por outro lado, é preciso ter cuidado, a fim de que o argumento ético não passe a ser o instrumento de moralização anticientífico.

Com esse objetivo, avança-se à verificação real do panorama legal-constitucional da família brasileira, sua função e importância a partir de uma abordagem construtivo-desconstrutivista, alçando a pessoa como valor-fonte fundamental do Direito e de todo o sistema jurídico norteado à concretização e à tutela de seus direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Nessa linha de raciocínio, com acentuada percepção, Heloisa Helena Barboza questionou o novo papel da família no mundo contemporâneo:

Qual é a função atual da família? Se é certo que ela é a base da sociedade, qual é o papel que a ela cumpre desempenhar, já que não tem mais funções precipuamente religiosa, econômica ou política como outrora? Qual é a base que se deve dar à comunidade familiar para que alcance a tão almejada estabilidade, tornando-a duradoura? Devemos reunir todas essas funções ou simplesmente considerar o seu verdadeiro e talvez único fundamento: a comunhão de afetos? (BARBOZA, Heloísa Helena. "Novas tendências do direito de família". *Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, Rio de Janeiro, n. 2, 1994, p. 232)

A família só continuará existindo se fundamentada no princípio da afetividade e do amor, posto que os valores que anteriormente a engessavam, aprisionavam e algemavam só produziram o nefasto efeito de causar desagregação, lides, violência e desassossego. Se não houvesse uma ruptura definitiva com elos ultrapassados e de nenhuma significação às pessoas, seu fim estaria muito próximo.

Nesse sentido, as estatísticas demonstram o decréscimo esmagador do número de casamentos, ao passo que se avolumam as separações e os divórcios. É inerente à natureza humana a busca da liberdade, nota-

damente quando algo a está sufocando e aprisionando. Às vezes, o custo dessa liberdade pode ser a própria vida, como indicam os muitos suicídios e homicídios ditos “passionais” aos quais se assiste no decorrer da história policial e judiciária.

As relações familiares, portanto, passaram a ser fundamentadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente de sua espécie. **Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.** Como observa Perlingieri:

*A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfil do Direito Civil: introdução ao Direito Civil e Constitucional.** Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243)*

Respondendo àqueles que temem mais uma vez sua destruição ou dissolução, objetiva-se que a família contemporânea, horizontal e em redes, vem se comportando bem e garantindo corretamente a reprodução das gerações. Despojado dos ornamentos de sua antiga sacralidade, o casamento, em constante declínio, tornou-se um modo de conjugalidade afetiva pelo qual os cônjuges se protegem dos eventuais atos perniciosos de suas respectivas famílias ou das desordens do mundo exterior. É tardio, reflexivo, festivo ou útil e, frequentemente, precedido de um período de união livre, de concubinato ou de experiências múltiplas de vida comum ou solitária.

Aos utopistas que acreditam que a procriação será um dia a tal ponto diferenciada do ato carnal que os filhos serão fecundados fora do corpo da mãe biológica, em um útero de empréstimo e com a ajuda de um sêmen que não será do pai, argumenta-se que, para além de todas as distinções que podem ser feitas entre o gênero e o sexo, o materno e o feminino, a sexualidade psíquica e o corpo biológico, o desejo de se ter um filho sempre terá algo a ver com a diferença dos sexos. Demonstram isso as declarações dos homossexuais que sentem a necessidade de dar aos filhos por eles criados uma representação real da diferença sexual, e não apenas duas mães (uma das quais desempenharia o papel de pai) ou dois pais (um dos quais se disfarçaria de mãe).

Finalmente, para os pessimistas que pensam que a civilização corre risco de ser engolida por clones, bárbaros, bissexuais ou delinquentes da periferia, concebidos por pais desvairados e mães errantes, observa-se que essas desordens não são novas – mesmo que se manifestem de forma inédita – e, sobretudo, que não impedem que a família seja atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.

É claro, porém, que o próprio princípio da autoridade e do ser “separador”, sobre o qual ela sempre se baseou, encontra-se atualmente em crise no seio da sociedade ocidental. Por um lado, esse princípio se opõe, pela afirmação majestosa de sua soberania decaída, à realidade de um mundo unificado que elimina as fronteiras e condena o ser humano à horizontalidade de uma economia de mercado cada vez mais devastadora, mas, por outro, incita incessantemente a restauração, na sociedade, da figura perdida de Deus pai, sob a forma de uma tirania. Confrontada com esse duplo movimento, a família aparece como a única instância capaz, para o sujeito, de assumir esse conflito e favorecer o surgimento de uma nova ordem simbólica. Sobre a família, comenta Elizabeth Roudinesco:

Eis por que ela suscita tal desejo atualmente, diante do grande cemitério de referências patriárquicas desafetadas que são o exército, a Igreja, a nação, a pátria, o partido. Do fundo de seu desespero, ela parece em condições de se tornar um lugar de resistência à tribalização orgânica da sociedade globalizada. E, provavelmente, alcançará isso – sob a condição, todavia, de que saiba manter, como *princípio fundador*,

o equilíbrio entre o um e o múltiplo de que todo sujeito precisa para construir sua identidade. A família do futuro deve ser mais uma vez reinventada. (ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 199)

Na contramão do tempo, da história e das previsões dos menos afeitos à constante alteração do comportamento social, vê-se que as pessoas buscam a aproximação da normalização de suas relações sociais, familiares e sexuais, aconchegando-se nos ninhos familiares, não necessariamente sob o mesmo teto (FACHIN, Luiz Edson. **Curso de Direito Civil – Elementos críticos do Direito de Família**. Coord. Ricardo Pereira Lira, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 60), nem, por isso, deixando de se constituir em verdadeiro núcleo familiar.

Esse núcleo não tem mais, como paradigma ou motivo fundamental, a hierarquia paterna, o poder estatal, a submissão à Igreja ou qualquer outro referencial constatado através dos tempos. Apenas, tão somente, tem o amor, a afetividade e a vontade de as pessoas permanecerem juntas, criarem seus filhos, sejam eles oriundos de vínculos anteriores (matrimoniais ou não), de adoção ou, simplesmente, do chamamento de pessoas estranhas ao corpo familiar sanguíneo, para a convivência pacífica e voltada à realização plena de cada membro daquele grupo, firmando-se como pessoas únicas, dotadas dos direitos subjetivos da personalidade, individualizadas e cada qual com suas características próprias. Nada mais há – e, talvez, não haverá – que possa manter pessoas unidas, coesas, juntas, que não seja o amor e o afeto.

Essa afirmação ecoa das palavras proferidas, em 1991, pelo então Desembargador e posteriormente Ministro do STJ e do STF Carlos Alberto Menezes Direito: “Tenho para mim que o que se deve buscar é o abrigo da proteção jurídica da vida em comum. Não se pretende robustecer a união ilegítima, mas sim criar condições jurídicas para proteger a constituição da família, independente de sua origem no ato civil do casamento” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes. “Da união estável como entidade familiar”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 667, maio 1991, p. 17).

Não há como se negar que o Direito privado – notadamente, o Direito Civil e mais particularmente o Direito de Família – é “um sistema em construção”, recheado de cláusulas gerais, que deverão se interpretar, aplicar e complementar de conformidade com as alterações e evoluções

sociais e humanas, como assevera Judith Hofmeister Martins-Costa ("O Direito Privado como um 'sistema em construção': as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998).

Entretanto, a sua construção só se oportunizará se houver, antes, abertura para a "desconstrução", entendida no sentido que lhe atribuiu Jacques Derrida: "Desfazer sem nunca destruir um sistema de pensamento hegemônico ou dominante, resistir à tirania do Um, resultante da força natural de mudança do ser humano" (DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que amanhã....** Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 9). Além disso, não é possível ignorar a notável dificuldade de se perseguir tal objetivo, como já afirmava Glória Steinem: "O primeiro problema para todos, homens e mulheres, não é aprender, mas desaprender" (STEINEM, Glória. **A revolução interior**. Tradução Myriam Campelo. Rio de Janeiro: Objetiva, 1992, p. 78). Afinal:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. [...] Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social, tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar – até que consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. (MARTINS COSTA, 1998)

Não se ignora também que, para estruturar o direito com cláusulas abertas e gerais, faz-se necessário um Poder Judiciário atento às vicissitudes da população e conectado às alterações da malha social e, principalmente, às alterações comportamentais que acarretam a modificação da própria noção de certo e errado das pessoas.

Parece que não restam dúvidas de que, em termos de direitos fundamentais, ao menos enfocados sob a ótica de sua respeitabilidade efetiva e concreta, ainda estamos engatinhando. Mas, a despeito disso, afirmou Paulo Mota Pinto, juiz do Tribunal Constitucional de Portugal e docente da Faculdade de Direito de Coimbra:

[...] o reconhecimento a todo o ser humano do valor de pessoa é hoje um verdadeiro postulado axiológico do jurídico,

que não deve sofrer contestação relevante, pelos menos ao nível das proclamações. A personalidade do Homem é para o direito um *prius*, que o Direito encontra (não cria) e que deve ser reconhecido e tutelado pela ordem jurídica – pode mesmo dizer-se que o imperativo de respeito em todos os homens da sua dignidade de pessoa, através da atribuição de personalidade jurídica, resulta da consideração de um *conteúdo mínimo de direito natural* (no sentido de Hart), ou integra uma *idéia de direito* constitutivo do universo jurídico. A pessoa humana deve ser o centro das preocupações dos juristas, e o apelo que a estes é dirigido para a sua tutela jurídica emana do mais fundo substracto axiológico que constitui o direito como tal. Importa, pois, tratar dessa tutela. (PINTO, Paulo Mota. "Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61)

A lei fundamental, então, é que positiva os direitos concernentes à justiça, segurança, liberdade, igualdade, propriedade, herança etc. Antes, eles estavam no Código Civil ou, como diz Pietro Perlingieri,

o direito civil constitucional parece estar em busca de um fundamento ético, que não exclua o homem e seus interesses não-patrimoniais, da regulação patrimonial que sempre pretendeu ser – não se projetam a expulsão e a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial. O momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação quantitativa do momento econômico e à disposição de encontrar, na existência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a humilhar a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil e Constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33)

Não há, por assim dizer, qualquer possibilidade de simplesmente se ignorar, diante da notável evolução do Direito como instrumento de tutela da pessoa humana, o seu valor matricial e fundamental na ordem existencial do mundo, as origens biológicas e afetivas da pessoa, seu reconhecimento interno e externo perante a sociedade, o mundo e as demais pessoas e a necessária convivência com outras pessoas, num microsistema constituído pela família, berço, amparo, reduto seguro, ponto de partida e chegada, porto seguro de todos nós.

O Direito Civil, portanto, há de ser mutável, flexível, poroso, permitindo que seja oxigenado e atualizado pelas mutações sociais resultantes da própria natureza humana de buscar, inovar e descobrir. A estagnação e a renúncia a mudanças conduzem à abdicação, ao desenvolvimento, ao progresso e à aprendizagem.

O que é a aprendizagem senão o movimento entre aquilo que foi há instantes e aquilo que ainda não é? Aprender é um embate, é um ranger de espadas. Aprender é um risco atraente, é o risco de estarmos novamente – e a cada instante – além de nós mesmos, do que é conhecido, do que já fomos, do que somos. Aprender é contar com o tempo a nosso favor, ter despreendimento suficiente para se afastar dos chamados “portos seguros” em busca do desconhecido. Somente assim se cresce. Afinal, como diz Cora Coralina, “todos estamos matriculados na escola da vida, onde o mestre é o tempo e o que vale na vida não é ponto de partida e sim a caminhada. Caminhando e semeando, no fim terás o que colher”.

Faz-se vivo o ensinamento de Michel Serres:

Partir exige um dilaceramento que arranca uma parte do corpo à parte que permanece aderente à margem do nascimento, à vizinhança do parentesco, à casa e à idéia dos usuários, à cultura da língua e à rigidez dos hábitos. Quem não se mexe nada aprende. Sim, parte, divide-se em partes. Teus semelhantes talvez te condenem como um irmão desgarrado. Eras único e reverenciado. Tornar-te-ás vários, às vezes incoerente como o universo que, no início, explodiu-se, diz-se, com enorme estrondo. Parte, e tudo então começa. Partir, sair. Deixar-se um dia seduzir. Tornar-se vários, desbravar o exterior, bifurcar em algum lugar. Eis as três primeiras estranhezas, as três variedades de alteridade, os três primeiros modos de ser e expor. Porque não há aprendizagem sem exposição.

(SERRES, Michel. **Filosofia mestiça**. Tradução Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 27)

Pensar, refletir, conhecer, partir, ficar e aprender são questões que se colocam com a crise dos nossos padrões de valor, que não é apenas a da fragilidade dos códigos até então vigentes, mas os riscos de um modo de se conduzir segundo regras prévias e externas que retiram daquele que age a prerrogativa de pensar para decidir o que fazer em cada situação que se apresenta. Busca-se, assim, tornar concreta a afirmação de Heráclito de que “a todos os homens é compartilhado o conhecer-se a si mesmo e pensar sensatamente” (HERÁCLITO. "Fragmentos". In: **Os pré-socráticos**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1978, p. 62 (B-116). (Coleção Os Pensadores).

E esse pensamento reflexivo há de ser compartilhado, democratizado, para que possa ganhar adeptos, opositores para o necessário tensionamento, para firmar-se, ou não, sendo, portanto, importante que seja textualizado e exteriorizado.

E o que é fundamental para Hannah Arendt é que:

Os pensamentos, para acontecer, não precisam ser comunicados; mas não podem ocorrer sem ser falados – silenciosa ou sonoramente, em um diálogo, conforme o caso [...] e a razão – não porque o homem seja um ser pensante, mas porque ele só existe no plural – também quer a comunicação e tende a perder-se caso dela não tenha que privar; pois a razão, como observou Kant, não é de fato “talhada para isolar-se, para comunicar-se”. A função desse discurso silencioso [...] é entrar em acordo com o que quer que possa ser dado aos nossos sentidos nas aparências do dia a dia; a necessidade da razão é dar conta [...] de qualquer coisa que possa ser ou ter sido. Isso é proporcionado não pela sede do conhecimento [...], mas pela busca do significado. O puro nomear das coisas, a criação das palavras é a maneira humana de apropriação e, por assim dizer, de desalienação do mundo no qual, afinal, cada um de nós nasce, como um recém-chegado, como um estranho. (ARENDR, Hannah, **A vida do espírito**. Tradução A. Abranches, C. A. R. Almeida e H. Martins. 3ª ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 187)

Assim, neste início de século, com rompimento de barreiras, obstáculos, preconceitos, e no desfraldar de novos ares, novos conhecimentos e experiências, respaldados agora pela notável abertura semântica impulsionada pelo Código Civil e suas cláusulas e normas abertas, busca-se o conceito de família, a verdadeira face da filiação, da paternidade, da família e dos motivos e fundamentos que conduzem as pessoas a permanecerem umas ao lado das outras, em pequenos núcleos de convivência ou ninhos de afetividade, como dito antes, sem qualquer outro tipo de imposição legal ou moral que assim o determine.

Esse porvir vem sendo descoberto e desvelado paulatinamente, com o amadurecimento dos relacionamentos e das próprias pessoas, penetradas e influenciadas pela sensibilidade e afetividade que permeiam toda e qualquer relação entre duas ou mais delas e que são as únicas verdadeiras condicionantes que fazem com que, ligadas ou não por vínculo sanguíneo, jurídico ou sexual, estejam e permaneçam juntas e felizes.

No entanto, a busca dessa nova e diferente fisionomia das relações familiares e filiais, fundamentada no afeto, há de ser feita em conjunto com sensíveis valores éticos, sob pena de se estar condenando à morte um novo e belo filho que ainda sequer nasceu.

Outra não pode ser a postura ética da jurisprudência diante de situações similares. Ainda que sejam alvo do preconceito ou se originem de atitudes havidas por reprováveis, o juiz não pode afastar-se do princípio ético que deve nortear todas as decisões. O distanciamento dos parâmetros comportamentais majoritários ou socialmente aceitáveis não pode ser fonte geradora de favorecimentos, preconceitos e discriminações. Não ver fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades: é olvidar que a ética condiciona todo o Direito e, principalmente, o Direito de Família.

Final, renunciar a tudo isso, ao porvir, ao prazer da descoberta, à adrenalina do novo, é simplesmente renunciar à própria vida, como expressado na letra poética da canção “Cuide bem do seu amor”, de Herbert Viana:

Cuide bem do seu amor
Seja quem for
E cada segundo, cada momento, cada instante

É quase eterno, passa devagar
Se seu mundo for o mundo inteiro
Sua vida, seu amor, seu lar
Cuide tudo que for verdadeiro
Deixe tudo que não for passar!

Mas, para assim cuidar, exigem-se um cuidado, uma atenção e uma dedicação que são ingredientes certos e necessários ao espocar imorredouro do novo, do amanhã, das promessas da modernidade e, enfim, do sonho imaginado, existente, por certo, na parte mais íntima de cada um de nós: **viver ao lado de quem se ama, para dividir os dias, as horas, os momentos bons e ruins, dedicando a vida a essa pessoa por um único e exclusivo argumento justificador – o amor.**

6. A FAMÍLIA RECONSTRUÍDA E REPERSONALIZADA NA INDIVIDUALIDADE DE SEUS MEMBROS

Proteger a dignidade do ser humano é, possivelmente, a mais nobre função do Direito.

(Pietro Perlingieri)

A família migrou da configuração de um modelo hierarquizado matrimonial e patriarcal, com seu ápice no liberalismo, para um modelo típico da sociedade pós-industrial, que, da mesma forma, também não mais atende a uma perspectiva democrática e humana, tal como reivindicada na atualidade. Configura-se, dessa forma, a crise consubstanciada exatamente no fato de que os modelos existentes já não atendem às necessidades jurídicas, filosóficas e ideológicas dos tempos atuais, mas, por outro lado, ainda não se dispõe de outra configuração consagrada e aceita socialmente.

De qualquer forma, faz-se mister enfocar a família como instância de transmissão de valores formativos do indivíduo, na construção de sua organização subjetiva, em prol da realização do pressuposto de dignidade humana. Desse modo, supera-se o modelo clássico que entendia a família como ente a ser defendido, e a família se encaminha para uma nova visão resultante da miscigenação do público e do privado, que só existe em função dos indivíduos que a compõem.

Essa proposta desfigura a função contratual do matrimônio como forma de construção de um núcleo familiar, priorizando outro paradigma

respaldado exatamente na socioafetividade. Em outras palavras, “começam a surgir os sentimentos de igualdade, o que sinaliza um movimento gradual da família-casa em direção à família-sentimental moderna. **Tendia-se agora a atribuir à afeição dos pais e dos filhos, sem dúvida tão antiga quanto o próprio mundo, um valor novo: passou-se a basear na afeição toda a realidade familiar**” (ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ª ed. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 235).

O estudo da família processa-se atualmente sob o signo da perplexidade, ante as surpreendentes transformações por que tem passado a estrutura familiar na contemporaneidade. De instituição assentada em valores tradicionais e conservadores, hoje é influenciada pela revolução sexual, pelo questionamento dos papéis do homem e da mulher em sociedade, pela desvinculação do ato sexual da função de procriar, pelos avanços tecnológicos que propiciam o prolongamento da vida humana e, principalmente, pelo avanço substancial da tutela das prerrogativas inerentes ao próprio ser humano no plano mundial e pela valorização da individualidade existencial que pretende caracterizá-la como o ninho acolhedor de todas as horas.

A doutrina mais conectada com essa realidade vem observando que:

Ressignificar a família na função balizadora do périplo existencial é um imperativo nos dias que correm; reposicioná-la como guardiã de nossas identidades pessoais é condição *sine qua non* para a superação das ansiedades confusionais a que se está sujeito pelas características competitivas do mundo de hoje; revitalizá-las com o aporte de novas e mais satisfatórias modalidades de relacionamento entre seus membros é indispensável para se seguir aperfeiçoando a convivência humana; por fim, repensá-la é tarefa a ser por todos compartilhada, por sua transcendência com a condição humana. (ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 150).

Mesmo admitindo que o indivíduo, pela importância transcendental, deve ser considerado e valorizado consigo próprio, independentemente

de estar envolvido em qualquer relacionamento (de ordem familiar, de negócios, profissional etc.) com outro, não se pode negar, no entanto, que é exatamente no contexto da socialidade que surgem os conflitos de interesses. Mas se pretende demonstrar que, independentemente desse relacionamento, o homem existe e compete consigo mesmo, no sentido de estar permanentemente em crescimento como pessoa.

A busca pelo aperfeiçoamento e aprimoramento da individualidade se constitui na razão básica da existência dos direitos da personalidade. É o homem evoluindo num processo de mudança permanente rumo a si mesmo, movimento incessante de transformação e evolução. Exatamente por isso, uma das características dos direitos da personalidade é sua vitalicidade e, quando os direitos de personalidade alcançam o *status* de estarem inseridos na Constituição Federal, passam à categoria de liberdades públicas e recebem todo o sistema de proteção próprio.

Para superar essa aparente dificuldade, ensina Luís Roberto Barroso que “o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo” (“Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro”. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 54, 2001, p. 47). No entanto, isso não justifica a permanência das previsões constitucionais principiológicas apenas no campo abstrato, mas é preciso sua concretização, o que é obra, como dito anteriormente, de todos: de governantes ou não e, principalmente, do intérprete. Como acentua Konrad Hesse:

Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe de sua força material no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento [...] a Constituição, entendida aqui como Constituição jurídica, não deve procurar construir o Estado de forma abstrata. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente. Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 17, 18 e 20)

Nessa linha de raciocínio, encontrar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana fortalecido e amparado pela Constituição Brasileira. Na ponderação de que todos os princípios devem estar a ele submetidos, esse princípio sobreleva-se a outros, de forma que a existência digna da pessoa como valor indispensável para a pacífica vida em sociedade (contrato social) está a indicar o caminho para que seja preservada a identidade e o direito à personalidade de cada pessoa, sob pena de se estar amesquinhando e diminuindo o valor maior sobre o qual se constrói uma sociedade justa e humana, qual seja o próprio direito à vida.

E, se assim o é, a ascensão do Direito Constitucional no Brasil e da própria Constituição a elemento central de todo o sistema jurídico, ao incluir o direito à dignidade humana entre os direitos fundamentais, subordinou e condicionou todo o restante das normas legais, pré ou pós-existentes à “filtragem”, de forma que a Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como “filtragem constitucional”, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.⁹

O direito de personalidade, como direito fundamental, buscará suas origens no cristianismo, visto que na Grécia, conhecida como o berço da civilização e da democracia, esse direito sequer era considerado. Segundo informa Maurício Beuchot (*“La persona y la subjetividad en la filología y la filosofía”*. **Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, México, n. 16, 1996, p. 20), a filosofia grega não conhece o homem como ser de subjetividade por completo, visto que o pensamento dos filósofos helênicos acabou por sempre atrelar o homem ao destino ou ao objetivismo, não se alcançando uma noção de pessoa como indivíduo racional e possuidor de uma vontade atuante no mundo fático.

Fundada, então, essa concepção de pessoa, abriu-se o campo para a fomentação de seus direitos, inicialmente por meio do pensamento

⁹ “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo” (CANOTILHO e MOREIRA, 1991, p. 45).

cristão, ao determinar este a dessacralização da natureza e da sociedade, libertando o homem de ser objeto para o transformar em sujeito, portador de valores (pessoa). Para a doutrina cristã, o fiel é aquele que está em relação com Deus, que fez o homem à sua imagem e semelhança. Contudo, o ser humano é dotado de livre-arbítrio e deve conduzir, na vida terrena, suas ações de acordo com essa liberdade. Permite, assim, um juízo de apreciação meritória na ação do indivíduo, pois, agindo de forma correta, encontrará o fiel a salvação.

A pluralidade humana, afirma Hannah Arendt, “tem esse duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença” (**A condição humana**. 10ª ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 188).

Exatamente essa diferença pode se constituir no sucesso ou no fracasso da experiência da passagem do ser humano pela terra, em razão e em consequência direta da efetiva disposição de nos ajudarmos mutuamente, na aplicação diuturna do princípio da solidariedade como forma de consecução de objetivos comuns de felicidade e plenitude e, em última análise, da própria preservação da espécie humana, densificada e mesmo condicionada à qualidade do relacionamento com seus iguais. Afinal, já afirmava Karl Marx que:

Se se pressupõe o homem como homem e sua relação com o mundo, como uma relação humana, só se pode trocar amor por amor, confiança por confiança, etc. Se se quiser gozar da arte, deve-se ser um homem artisticamente educado; se se quer exercer influência sobre outro homem, deve-se ser um homem que atue sobre os outros de modo realmente estimulante e encorajador... **Se amas sem despertar amor, isto é, se teu amor, enquanto amor, não produz amor recíproco, se mediante tua exteriorização de vida como homem amante não te convertes em homem amado, teu amor é impotente e um infortúnio.** (MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. Ed. José Arthur Gianotti, tradução de José Carlos Bruni, José Arthur Gianotti e Edgard Malagodi. 4ª, ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 198)

Numa sensível progressão, vem o Direito, um tanto a reboque de outras ciências que lhe são afins, como a Sociologia e a Psicologia, resgatar o valor da relação afetiva entre pessoas.

7. O RESGATE DO VALOR ENTRE AS PESSOAS

O que se pretende e se deve buscar, frenética e incessantemente, é a aproximação da Justiça com a justiça (ou seja, do Poder Judiciário com a equidade), resguardados os direitos e as prerrogativas individuais considerados como inatos a toda e qualquer pessoa. John Rawls, procurando dar conta da afirmação inicial de que cada pessoa tem a inviolabilidade fundada na Justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade pode anular, de forma que, numa sociedade justa, os direitos assegurados pela Justiça não estejam sujeitos à barganha política ou ao cálculo de interesses sociais, escreve:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior compartilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto, numa sociedade justa, as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis. (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 3)

É essa Justiça que se anseia, humanizada, voltada à realização do ser humano e de seus direitos fundamentais. Contudo, e exatamente por ser feita e aplicada por humanos, é passível de erros e equívocos, que, se por um lado, não podem ser extirpados, devem ser, por outro lado, utilizados para o aprimoramento do sistema, para questionamento dos métodos utilizados e objetivos almejados, pois, afinal, como afirmou Platão,

“uma vida não questionada não merece ser vivida”. **A plenitude dessa vivência só poderá ser atingida se buscada com liberdade, que inclui a liberdade de errar para se ter a possibilidade de recomeçar**, pois, como declarou Mahatma Gandhi, “A liberdade não tem qualquer valor se não inclui a liberdade de errar”.

Afinal, se, de acordo com Schopenhauer (*apud* ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 43), o clássico representante do pessimismo filosófico em geral, todo prazer da Terra consiste em manter afastado o desprazer, segundo a teoria imperativista parece que tudo o que de positivo o Direito concede apenas consiste em não estar vinculado por imperativos, em estar liberto da penosa exigência do rigoroso dever-ser. Assim, como só nos apercebemos da meramente negativa libertação do desprazer quando a perdemos, assim como só aprendemos a apreciar o frescor da juventude, a saúde e a energia para o trabalho quando gradualmente desaparecem, também só damos conta da benção que representa a concessão de direitos quando os imperativos cada vez mais nos limitam a liberdade. Apenas sob o jugo do Estado totalitário aprende o homem a apreciar de novo os perdidos direitos e liberdades fundamentais.

Sobre o tema, Ovídio A. Baptista da Silva desenvolve o seguinte raciocínio:

Vivemos um tempo singular, que alguém qualificou de “a era da incerteza”. Além do “fim das certezas”, como disse Ilya Prigogine, um dos mais respeitados físicos contemporâneos, nossa era notabiliza-se por uma compulsiva e cada vez mais ampla destruição do que fora, na véspera, acolhido com entusiasmo. Como já dissera Karl Marx, numa frase que se tornou célebre, a modernidade faz com que “tudo o que seja sólido desmanche no ar”. As coisas que pareciam perenes, mesmo as coisas sagradas, ou aquelas tidas como naturais, como a família, acabam desfazendo-se, ante a voracidade das transformações culturais. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. "Coisa julgada relativa?" **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 93, v. 821, 2004, p. 29)

Não obstante as inúmeras divergências entre as diversas teorias formuladas sobre o tema, as clássicas ideias do dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) e do tratar os iguais na medida de suas desigual-

dades constituem cerne fixo de quase todas elas. A diferença básica entre os diversos conceitos de justiça consiste no preenchimento do espaço deixado por essas fórmulas, nos parâmetros determinadores do que é o de cada um e na delimitação das desigualdades relevantes.¹⁰ Nas palavras de Luis Recaséns Siches: “El problema capital sobre la justicia no radica en la teoría de ella, sino en la medida de estimación que ella postula” (**Introducción al estudio del derecho**. México: Porrúa, 1970, p. 387).

Em contrapartida, para Hans Kelsen, “*o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade*” (**O que é Justiça?** Tradução Luis Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 2). Como o alcance da felicidade pelos seres humanos não é proporcionado pelos mesmos bens da vida, a justiça seria um valor relativo, dependente da concepção particular de cada indivíduo, o que impediria a construção de uma ordem social considerada justa por todos. Entre os diversos valores que informam a conduta humana em busca da felicidade, alguns são eleitos pelo legislador como fundamentais.

Tais valores são consubstanciados em normas jurídicas positivas, as quais, para o jurista austríaco, são o único parâmetro de que se dispõe para avaliar, de modo objetivo e seguro, a justiça de um evento. Sob esse prisma, o conceito de justiça transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem. Sendo o direito posto o parâmetro para a aferição do justo, a única solução injusta seria aquela que afastasse a aplicação do direito positivo.

8. A JUSTIÇA CONECTADA À MODERNIDADE E SEUS VALORES. A RESPONSABILIDADE DO JULGAMENTO

O julgamento é uma, se não a mais importante atividade em que ocorre esse compartilhar-o-mundo.

(Hannah Arendt)

A justiça é muito mais utilizada para manter as minorias dominantes com a convivência de um poder tirado da classe média do que para

10 As discussões modernas sobre a justiça costumam encará-la sob dois aspectos que poderíamos classificar da seguinte maneira: no seu aspecto formal, ela aparece como um valor ético-social de proporcionalidade, em conformidade com o qual, em situações bilaterais normativamente reguladas, se exige a atribuição a alguém daquilo que lhe é devido. Trata-se da idéia clássica do *sum cuique tribuere*, que reclama, porém, num segundo aspecto, a determinação daquilo que é devido a cada um. “A conformidade ou não com critérios sobre o que e a quem é devido é o problema do aspecto material da justiça” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 351).

servir de embate entre o máximo e o mínimo. Nessa liturgia, realmente, saem prejudicadas as categorias inferiores.¹¹

Vê-se, sem grandes dificuldades, que a busca da justiça como equidade funda-se numa base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas. Para responder à questão de como atender às exigências da liberdade e da igualdade que têm como pressuposto a existência de uma sociedade formada por pessoas livres e iguais, afirma John Rawls:

Para a justiça como equidade os cidadãos estão envolvidos na cooperação social, e, portanto, são plenamente capazes de fazer isso durante toda a vida. Pessoas assim consideradas têm aquilo que poderíamos chamar de “as duas faculdades morais”, descritas como segue: I – Uma dessas faculdades é a capacidade de ter um senso de justiça: é a capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça política que determinam os termos eqüitativos de cooperação social, e de agir a partir deles (e não apenas de acordo com eles). II – A outra faculdade moral é a capacidade de formar uma concepção do bem: é a capacidade de ter, revisar e buscar atingir de modo racional uma concepção do bem. Tal concepção é uma família ordenada de fins últimos que determinam a concepção que uma pessoa tem do que tem valor, na vida humana ou, em outras palavras, do que se considera uma vida digna de ser vivida. Os elementos dessa concepção costumam fazer parte de, e ser interpretados por, certas doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes à luz das quais os vários fins são ordenados e compreendidos. (RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação.** Organização de Erin Kelly. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 26)

O juiz não pode prostrar-se diante do caso concreto como uma máquina insensível. Sua atividade desenvolve-se com o objetivo de *pacificar com justiça* o conflito de interesses submetido à sua apreciação.

11 Michael Walzer informa que “a Justiça, quando antônimo de tirania, responde pelas experiências mais aterradoras do século XX. A igualdade é o contrário do totalitarismo: a diferenciação máxima contra a coordenação máxima. O valor especial da igualdade complexa, para nós, aqui e agora, é deixar clara essa oposição, pois a igualdade só pode ser a meta da nossa política se pudermos defini-la de um modo que nos proteja contra a tirania moderna da política, contra o predomínio do partido/Estado” (WALZER, 2003, p. 434).

Para tanto, não pode o julgador acomodar-se. Sob os influxos da *lógica de lo razonable*,¹² o juiz moderno é desafiado a assumir, cada vez mais, um papel ativo e criativo na interpretação da lei, adaptando-a, em nome da justiça, aos princípios e valores de seu tempo.

É este homem do direito atual que relê o que efetivamente restou de perene, após o desmoronamento de uma secular estrutura de dogmas, afastando de si a segurança da fossilização e da estagnação de conceitos e de normas, para admitir a abertura de castelos – ou de prisões – em prol da atenção às transformações geradoras da crise, em prol da vivificação dos valores da vida e dos anseios atuais.

É deste ser de incansável movimento e de infinitos sonhos que se está a falar. Fala-se de sua vivacidade, sua inteligência ímpar, sua aguda percepção dos fenômenos, sua supremacia na escala biológica. Tudo isso que o colocou em pé, uma primeira vez, prossegue agigantando-se em seu espírito, não lhe conferindo paz, serenidade ou repouso, mas, antes, incitando-o eternamente a caminhar além, a esmiuçar segredos e a constanger costumes ancestrais.

Esse caminhar desvenda-lhe outros mistérios, inova-lhe o espírito, estabelece novos horizontes de contemplação de sua ambientação jurídica. Fá-lo novo e faz novos os seus projetos. Por isso, novo há de ser também o direito que dimensiona e organiza a sua vida privada. O desafio, profetiza Luiz Edson Fachin, *consiste em trocar práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do terceiro milênio. E este é apenas o singelo ponto de partida rumo ao que abre o terceiro milênio. (Teoria crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5).*

Não se há, contudo, de destruir, mas sim *desconstruir*¹³ o que se

12 Tal é o método de raciocínio de grande utilidade proposto por Luis Recaséns Siches (1970, p. 258-259). Eis suas características: (I) é profundamente influenciado pela realidade concreta do mundo em que opera; (II) está impregnado de valorações, de critérios axiológicos, os quais se referem a uma situação humana real, concreta e constituem base de apoio para a formulação de fins para a atividade jurisdicional; (III) tais fins não se apoiam somente em valorações, mas também nas possibilidades oferecidas pela realidade humana concreta; (IV) está regido por razões de adequação entre (a) a realidade social e os valores, (b) entre os valores e os fins, (c) entre os fins e a realidade social concreta, (d) entre os fins e os meios predispostos para o alcance desses fins, a adequação dos meios, sua correção ética e sua eficácia; (V) por fim, a *lógica de lo razonable* está orientada pela experiência de vida humana e pela experiência histórica e se desenvolve instruída por essa experiência.

13 “Utilizado pela primeira vez por Jacques Derrida em 1967, na *Gramatologia*, o termo ‘desconstrução’ foi formatado da arquitetura. Significa a deposição ou decomposição de uma estrutura. Em sua definição derridiana, remete a um trabalho do pensamento inconsciente (‘isso se constrói’) e que consiste em desfazer, sem nunca destruir, um sistema de pensamento hegemônico ou dominante. Desconstruir é, de certo modo, resistir à tirania do Um, do *logos*, da metafísica (ocidental) na própria língua em que é enunciada, com a ajuda do próprio material deslocado, movido

tem até agora, para que outro modelo possa emergir, possibilitando-se lançar um novo olhar a partir da perspectiva de se colocar, como centro de todo o sistema, o próprio ser humano, e não mais a propriedade, o contrato, o patrimônio ou qualquer outro valor típico do liberalismo e do individualismo que, não se duvida nem se questiona, teve seu momento e seu valor histórico, mas não pode ainda ser aceito num mundo moderno, globalizado e, acima de tudo, que se quer solidário e humano.

A função primordial do intérprete no Direito atual é essencial para explicar por que determinadas palavras podem fazer várias coisas, e não outras. Nas palavras de Karl Larenz, *interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático*. (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 439).

Para essa atividade, o saber jurídico ocupa papel de relevo e não se restringe a um conjunto de códigos, mas tem de ser concebido como um processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo, necessariamente entendido como uma reação ao positivismo. A própria norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, a sua essência reside no fato de que a relação por ela regulada venha a ser concretizada na realidade. E ela se complementa com a ideia de interpretação, trazida por Peter Häberle, de que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada” (**Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 55).

Para ele, interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo à realidade pública, mesmo com espaço para participação das potências públicas pluralistas, concretizando-se uma *interpretação democrática*.

Fica-se aqui, com o primado de Paulo Bonavides (**Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 399) para quem a interpretação jurídica, em si, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elu-

com fins de reconstruções cambiantes. A desconstrução é o ‘que acontece’, aquilo acerca de que não sabemos se chegará a seu destino etc. Jacques Derrida lhe confere igualmente um uso gramatical: o termo designa, então, uma desorganização da construção das palavras na frase. Ver ‘Lettre à um ami japonais’ (1985) in **Psyché: invention de l’autre**, Paris, Galilée, 1987, p. 387-95. No grande dicionário de Émile Littré, podemos ler: ‘A erudição moderna nos atesta que numa região do imóvel Oriente uma língua que havia chegado à perfeição foi desconstruída e alterada em si mesma exclusivamente pela lei da mudança natural do espírito humano’” (DERRIDA e ROUDINESCO, 2004, p. 9).

cidade, de modo a operar-se uma restituição do sentido do texto viciado, obscuro ou não condizente com a realidade temporal-geográfica. Em verdade, a interpretação mostra o Direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. Observa Rogério Gesta Leal:

se é verdade que a Modernidade não cumpriu com suas promessas emancipatórias à civilização ocidental, cumpre verificar como podemos conviver e solucionar os impasses que se apresentam no âmbito das demandas sociais emergentes, todas dizendo respeito à necessidade de concretização dos direitos assegurados pelas Cartas Políticas vigentes. (Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 156)

Faz-se forte a responsabilidade dos intérpretes e aplicadores do Direito para que, num Estado democrático constitucional de direito, se adote o sistema de cláusulas abertas¹⁴ como feito na Constituição e no Código Civil, por exemplo, com os conceitos como “pessoa”, “direito subjetivo”, “bem jurídico” e “regular funcionamento das instituições democráticas”.

Esse sistema permite modificar os significados sem necessidade de se alterar a lei “positiva” e, dessa forma, proceder à adequação de seus textos à realidade atual e histórica vivenciada pela sociedade no momento e por ocasião de sua aplicação.

Exatamente nesse contexto, John Rawls avança com a distinção entre um conceito de justiça e as diversas concepções de justiça. Ele afirma que as regras jurídicas

tanto podem conter preceitos bem precisos, que não requerem nenhuma interpretação especial, posto que o seu significado é sempre o mesmo, as chamadas “concepções”, que o legislador quis que perdurassem como decisões globais de sistema, como podem incorporar ainda temas vagos, referências a padrões ou condutas, cuja concretização depende essencialmente das idéias do momento, os chamados “conceitos”, que reclamam dos juízes e dos tribunais uma com-

¹⁴ Karl Larenz aponta que a necessidade de um pensamento orientado a valores surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo (cláusula geral), para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica. Ver Larenz (1997, p. 310).

plementação ou concretização posteriores. (Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22)

Afinal, não se está aqui mencionando acesso ou direito patrimonial ou que possa determinar a riqueza ou a miséria de uma pessoa, mas sim valor muito maior, muito mais elevado e essencial, que se relaciona com a própria vida da pessoa, com seu próprio significado no universo: a identidade do sujeito, seu reconhecimento como pessoa.

Talvez esteja aí o caminho e o fundamento mais íntimo da afirmação de que o elo maior que pode unir duas pessoas não é o legal, o contratual ou o biológico, mas sim o afetivo, que produz efeitos duradouros e plenos.

A Constituição, ao abandonar o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão e passou a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, o afeto, que é necessário para realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares.

A afetividade é construção cultural que se dá na convivência, sem interesses materiais, os quais apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Ela se revela em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real.

Paulo Luiz Netto Lobo ("Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*". 2004 a. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codInf=297&CodTema=54&Tipo=1>. Acesso em: 1 abr. 2004) afirma que a Constituição Federal abandonou a ideia clássica de que a família só se constitui pelo casamento. O autor vai mais longe quando conclui que, mesmo as demais formas de constituição familiar previstas na Constituição não encerram em si as únicas possibilidades de construção do núcleo familiar e a **exclusão de modelos familiares não expressamente previstos não estaria na Constituição, mas sim no olhar vesgo e retrógrado do intérprete, que não acompanhou,**

na prática, a ideologia libertária e libertadora do legislador constituinte.

Conclui Lobo:

No *caput* do art. 226, operou-se a mais radical transformação no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

Mais uma vez, é fundamental o papel do intérprete como elemento determinante da realização e concretização das normas e princípios constitucionais consagradores dos direitos do ser humano.

Essa interação, esse ajudar mútuo, solidário e recíproco constitui-se, em verdade, num ponto de contato e similitude até mesmo entre duas formas de governo absolutamente diversas, e mesmo antagônicas, como são o liberalismo e o socialismo, que, na visão atualizadíssima de John Rawls, consiste no fato de que:

A ideia de utopia realista reconcilia-nos com o nosso mundo social, mostrando que é possível uma democracia constitucional razoavelmente justa, existindo como membro de uma Sociedade dos Povos razoavelmente justa. Ela estabelece que tal mundo pode existir em algum lugar e em algum tempo, mas não que tem de existir ou que existirá. Ainda assim, podemos sentir que a possibilidade de tal ordem política e social, liberal e decente, é inteiramente irrelevante enquanto essa possibilidade não é concretizada.

Embora a concretização, não seja, naturalmente, destituída de importância, creio que a própria possibilidade de tal ordem social pode, ela própria, reconciliar-nos com o mundo social. Ela não é uma mera possibilidade lógica, mas uma possibilidade que se liga às tendências e inclinações profundas do mundo social. *Enquanto acreditarmos, por boas razões, que é possível uma ordem política e social razoavelmente justa e capaz de sustentar a si mesma, dentro do país e no exterior, poderemos ter esperança razoável de que nós ou outros, algum dia, em algum lugar, a conquistaremos.* (**O direito dos povos.** Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 167)

Esse é o desafio lançado ao Direito na modernidade. A sociedade exige dele atuação eficaz na concretização dos direitos humanos fundamentais, entre os quais está o direito à plenitude da personalidade, como inserido na Constituição Federal de 1988.

Para se entender o espírito que se pode considerar como ideal na leitura, interpretação e aplicação do Direito como instrumento de convivência social pacífica, convoca-se mais uma vez, e sempre, a lição de Miguel Reale, que, ao tentar esclarecer a relação entre o Direito e a felicidade, diz:

Se os homens fossem iguais como igual é a natural inclinação que nos leva à felicidade, não haveria Direito Positivo e nem mesmo necessidade de Justiça. A Justiça é um valor que só se revela na vida social, sendo conhecida a lição que Santo Tomás de Aquino nos deixou ao observar com admirável precisão que a virtude de justiça se concretiza pela sua objetividade, implicando uma proposição “ad alterum”. (**Fundamentos do Direito.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 306).

Engendrando-se e acomodando-se o sistema jurídico à realidade, com os olhos sempre voltados ao valor precípuo e objetivo impostergável do Direito, que é a garantia efetiva dos direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que tal valor passa pela consecução da felicidade, da plenitude e da realização pessoal e familiar, sem as quais haverá sempre um vazio a ser preenchido, um ponto obscuro de incerteza a acompanhar a

pessoa durante toda a vida. Essa completude só se fará possível através da superação de obstáculos e dogmas ligados, normalmente, ao preconceito, ao prejulgamento e à discriminação, **permitindo-se pensar num valor maior ligado ao afeto, à relação social entre as pessoas, o qual haverá de ser utilizado como parâmetro ao julgamento das lides e à solução dos conflitos.**

Amor daqueles que unem pessoas de forma definitiva, ainda que um dia possa vir a não mais existir, mas que tenha valido a pena, eterno enquanto dure, que tenha sido daqueles que nos completa e nos mostra quanta beleza há a ser vivida, amor daqueles descritos pelo poeta dom Marcos Barbosa, que, de forma significativa, mostra que o princípio da vida é a felicidade e, como os princípios se interpenetram, o princípio da felicidade é o princípio do amor:

Nossos caminhos são agora um só caminho, nossas almas uma só alma, os mesmos pássaros cantarão para nós, os mesmos anjos desdobrarão sobre nós as suas invisibilidades. Temos agora no espelho os nossos olhos, o teu riso dirá a minha alegria e o teu pranto a minha tristeza, se eu fechar os olhos, tu estarás presente e serás ao despertar, o sol que desponta. Iremos depois nos descobrindo nos filhos que crescem, e não mais saberemos distinguir em cada um, os teus e os meus traços, o teu e o meu gesto, e, então, nos tornaremos parecidos, e nem o mundo e nem a guerra e nem a morte poderá separar-nos. Que eu não tenha outro amparo da tua mão nem outro alimento do teu sorriso nem outro repouso do teu peito e, quando eu fechar os olhos para a grande noite, que sejam tuas as mãos que hão de cerrá-los, para quando os abrir para a visão de Deus possa contemplar-te como o caminho que me levou, dia após dia, à fonte de todo amor. (BARBOSA, Dom Marcos. "Cântico de núpcias". Disponível em: <www.secrel.com.br/jpoesia/mbarbosa1.html>. Acesso em: 4 jun. 2003)

9. O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE ENTRE AS PESSOAS E A VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

A utopia está no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois

passos. Caminho dez passos e o horizonte se distancia dez passos mais além. Para que serve a utopia? Serve para isso: para caminhar.

(Eduardo Galeano)

Para Hannah Arendt, “a igualdade não é um dado, mas um construído” (**Entre o passado e o futuro: o conceito de história antigo e moderno.** 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 123), de forma que a todos cabe enfatizar a busca da aplicação e da concretização dos direitos humanos, notadamente quando alçados ao *status* constitucional que, num regime democrático de direito, impõe, possibilita e conta com a participação ativa e efetiva de todos.

É absolutamente atual a lição de Rousseau, quando perquire, no prefácio do **Discurso sobre a desigualdade dos homens**: “Como conhecer, pois, a origem da desigualdade entre os homens, a não ser começando por conhecer o próprio homem?” (*apud* DELBOSIN, Victor. **A filosofia prática de Kant.** Rio de Janeiro: Zahar, 1989, p. 99).

Há um sem-número de conceitos propostos por doutrinadores pátrios e estrangeiros para o que possa vir a ser direitos humanos. Mas é possível concluir que são aqueles inerentes à pessoa, que visam a resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em geral, de forma a limitar os poderes das autoridades. Assim, garante-se o bem-estar social pela igualdade, fraternidade e proibição de qualquer espécie de discriminação. Como ressaltou Flávia Piovesan,

[Discriminação] significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade. (PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 206)

Uma análise, ainda que por demais sucinta, da nossa conformação constitucional, revelará que o sistema difuso é um mecanismo de controle de constitucionalidade que já fixou firmes raízes na prática institucional brasileira. Na atualidade, ele se densificou essencialmente por meio do recurso extraordinário (art. 102, III, CRFB) e demonstrou ser um valioso

instrumento processual de dinâmica constitucional, por meio do qual os cidadãos podem levantar as suas pretensões e seus questionamentos. Ele contribui para a formação do que Häberle chamou de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” (**Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 55), sendo possível afirmar que:

*Assim, no País, nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de argüir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira à última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de ‘comando’ eivado de inconstitucionalidade. (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 208)*

No sentido inverso, uma forte corrente capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes pugna pela ampliação e predomínio do controle concentrado. Para tanto, emprega um sofisticado arsenal teórico para restringir o controle difuso e pretende demonstrar que o modelo concentrado propicia maior segurança jurídica, pois é mais célere e uniforme em termos processuais. Afirma Gilmar Mendes que a Constituição Federal de 1988, ao aumentar o número dos que possuem legitimidade ativa para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, como exposto anteriormente, reduziu sensivelmente o alcance do controle incidental/difuso, “permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas” (MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. "O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade". **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 134, abr./jun., 1997, p. 17).

As abordagens jurídicas que fortalecem demasiadamente o controle jurisdicional concentrado, em detrimento do tipo difuso ou incidental, se revelam discriminatórias.

Essa última espécie de sistema de controle de constitucionalidade, em razão de sua maior abertura e proximidade com a coletividade, permite uma constante e salutar atualização interpretativa do texto constitucional, que, em um paradigma democrático de direito, como o consubstanciado na Constituição de 1988, deve estar sempre apto a ser relido e tematizado por todos os seus interessados e destinatários.

A inserção dessa forma de controle, inserida no campo paradigmático do Estado democrático de direito na Constituição “cidadã” de 1988, marca uma profunda ruptura com as concepções jurídicas anteriores, já que, à luz dos princípios consagrados constitucionalmente, tomam enorme vulto garantias fundamentais e, por isso mesmo, inafastáveis de participação dos cidadãos, na esfera política ou jurisdicional, revelando que todos estamos autorizados a sermos intérpretes do texto constitucional, respaldando a nossa tradição de controle difuso.

Em outros termos, como ensina Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “há muito tempo questões jurídicas deixaram de ser tão-somente um problema de experts para se tornarem questões de cidadania” (**Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 165).

Verifica-se a dificuldade em se admitir que a sociedade civil, como um todo, seja cointérprete necessária do texto maior, além da crença iluminista em que um método ou racionalidade infalível, no caso em questão, a Ação Direita de Constitucionalidade, seria capaz de produzir, ontologicamente, certeza e segurança jurídicas, na ilusão de que uma decisão, por si só, apenas por se fundamentar no argumento da “autoridade qualificada”,¹⁵ se impusesse, em uma inútil tentativa de se exorcizar o risco da divergência, não reconhecendo que a democracia requer esse potencial dissenso em um consenso.

Como disse Peter Häberle:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são

15 “Por mais qualificados que sejam, os Ministros do Supremo, não possuem os atributos do semideus Hércules. É preciso lembrar que aquilo que hoje representa acréscimo de poder amanhã certamente decretará o completo desprestígio do Judiciário, incluindo também o próprio Supremo Tribunal Federal” (SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. “Hermenêutica constitucional e democracia”. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1^o/2^o sem., 2000, p. 32).

apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 15)

Assim, a possibilidade de uma participação/interpretação o mais difusa possível é considerada requisito essencial para se ter um sujeito constitucional democrático.

Salienta-se que todas essas afirmações possuem, como pano de fundo, o paradigma do **Estado democrático de direito, no qual se deve buscar o reforço constante da tolerância com a diferença, com o outro, aferindo que a democracia é um projeto em contínua construção.** Na democracia, a sociedade civil organizada é compreendida, em si mesma, como esfera pública, possuindo, dessa maneira, a tarefa de estar em vigília contra essa reiterada possibilidade de privatização.

Em outras palavras, em um Estado democrático de direito plural, no qual convivem projetos de vida os mais diversos possíveis, uma saída possível para se lidar com a complexidade que a modernidade impõe é ampliar e reforçar o modelo de controle de constitucionalidade difuso, tornando plausível que quaisquer temas ou interesses sejam nele levantados e discutidos e visualizando a democracia como um processo interminável, sem exigir uma segurança definitiva, no qual os membros desse mesmo Estado democrático de direito consigam se reconhecer como autores do ordenamento jurídico ao qual se submetem, em uma efetiva autolegislação.¹⁶

Na esteira de tais ensinamentos, faz-se vivo o tecido jurídico-social composto por pessoas, instituições e representatividades das mais diversas ordens, na busca constante do aperfeiçoamento, otimização e humanização do Direito como instrumento hábil e eficaz à concretização e tutela plena dos direitos humanos e fundamentais.

¹⁶ “Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto” (CARVALHO, 1981, p. 482).

Mas, de qualquer forma, mudanças não haveria nunca, não fossem os obstinados, não fossem os que, embora de forma inconsciente, seguem a lição do Corão: **“Vá em busca do que o tiver inspirado e seja paciente”**. É necessário continuar aprendendo, desfrutar os desafios e tolerar a ambiguidade, pois, em definitivo, não existem certezas. E o que estiver sendo feito com convicção, com dedicação, com seriedade, ética e desprendimento será muito mais importante do que aquilo que efetivamente for conseguido. Pelo simples fato de o estar fazendo, já será suficiente para a sensação de se estar participando do desenvolvimento do direito, visto como ciência da humanidade, voltada a atender às necessidades e expectativas do ser humano.

Basta, por ora, a certeza da necessidade do caminhar, do descobrir, do porvir para evitar a assertiva de Thomas A. Edison: *A nossa maior fraqueza reside em que temos a tendência a abandonar. A maneira mais segura de conseguir os objetivos é sempre: tenta uma vez mais.* (apud RIBA, RIBA, Lídia Maria. **Nunca se renda.** São Paulo: Vergara e Riba, 2002, p. 28).

Manter-se em vigília, permitir-se ser invadido por novas ideias e novos ideais, dar-se o direito de refletir, pensar, questionar e eventualmente mudar de opinião – esse parece o papel do jurista da modernidade, despedido de conceitos preconcebidos, de feições imodificáveis, de verdades absolutas.

Não há qualquer valor científico, cultural e humano em manter-se alienado, alheio e de olhos vendados para as significativas mudanças que vêm sendo verificadas em todo o mundo e, principalmente, nas relações familiares e afetivas.

A sociedade como um todo está ansiando por um Judiciário forte o suficiente para não se deixar corromper pelas forças financeira e política, altaneiro o necessário para não se rebaixar ou se deixar levar pela vontade de agradar ou se pautar por interesses e valores outros, que não seja a busca de sua função precípua de distribuição de justiça de forma equitativa, equilibrada e isonômica, realizadora da Constituição Federal e dos projetos nela inseridos.

E este Poder Judiciário se quer cada vez mais distante daquele que foi herdado dos tempos de força, de épocas em que representava nada mais do que o “braço armado” do Poder Executivo, servil, submisso, dependente e sem a estatura moral que o caracterizasse como verdadeiro poder.

É deste Judiciário frágil, estigmatizado pelo privilégio, vergado pela decadência de escândalos envolvendo seus membros, em episódios felizmente minoritários, que o cidadão já está por demais enfasiado. O cidadão, agora, pugna veementemente por reforma, até para que possa ver o resultado final de seus processos ainda durante sua vida, ao contrário do que ocorre atualmente.

Nesse ambiente fragilizado, correntes menos interessadas na justiça se aproveitam para lançar teses que, no fundo, representam o engessamento do Poder Judiciário, transformando-o em mera instituição ou órgão como são a súmula vinculante, o controle externo e outros. É certo que:

Muitos países estão colocando as reformas legais e judiciais como parte de seus programas de desenvolvimento. Isso é resultado do crescente reconhecimento de que o progresso econômico e social não é atingível de forma sustentável sem respeito às regras fixadas nas leis e à consolidação democrática, e sem uma efetiva proteção dos direitos humanos amplamente definida; cada um desses pontos requer um bom funcionamento do Judiciário, que interprete e dê força às leis, equânime e eficientemente. Um Judiciário efetivo é previsível, resolve casos em um tempo razoável e é acessível ao público. (BANCO MUNDIAL. "Court performance around the world: a comparative perspective". 1999. (World Bank Technical Paper, n. 430).

Assim, não parece restar dúvidas de que a justiça se alcança por meio da tutela dos direitos constitucionalmente amparados e da legitimidade de suas decisões.

A legitimidade (ou legitimação) se alcança pela justificação, necessariamente ligada aos fundamentos dos direitos que, na lição de Ricardo Lobo Torres, *é um tema geral que se abre a diferentes respostas, inclusive positivistas* ("A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade". In: (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 400) e, mencionando Luis Roberto Barroso – para quem parece derivar do Estudo do fundamento para o da legitimação: *A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de*

justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. ("Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro". **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 54, 2001). Ele afirma que a legitimidade do Estado moderno tem que ser vista, sobretudo, a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso.

Ricardo Lobo Torres menciona Miguel Reale, para quem a questão da **legitimidade está vinculada à própria validade ética, a qual é entendida como a "adequação do direito a valores e ideias aceitos pela comunidade"**. Citando Habermas (**Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 223-224), conclui que "a distinção entre legitimidade e legitimação, em síntese, está em que aquela se apoia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, enquanto a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e de seus princípios fundamentais".

Após analisar os modelos de legitimação teológico, teleológico e contratual, este vinculando à liberdade, igualdade e fraternidade, Ricardo Lobo Torres explica que o Estado legitima-se por intermédio da manifestação da vontade geral e do contrato social, desde que prevaleça a tríade da Revolução Francesa. O autor informa que a legitimação do Estado advém, ainda, da liberdade, da justiça e da segurança dos direitos e que a doutrina da legitimação do Estado é desenvolvida por Hobbes, Locke, Rousseau e Kant da seguinte forma:

*Na teoria de **Hobbes** [Leviathan] a ideia central é a segurança dos direitos. O homem no Estado de Natureza era inimigo do homem e vivia permanentemente em guerra. Pelo contrato social, abdica de uma parte de sua liberdade em favor do Estado, que, por seu turno, lhe garante a preservação dos direitos.*

[...]

*Com **Locke**, há mudança de argumentação, e a liberdade ganha espaço na legitimação do Estado. A finalidade da união dos homens sob o Estado é a preservação da propriedade, que deve ser obtida pela legislação promulgada e conhecida pelo povo e dirigida à garantia da paz, segurança e bem público das pessoas.*

Rousseau assenta a ideia de contrato social na liberdade como afirmar que “o que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um direito limitado a tudo que almeja e pode obter; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui”.

Na Filosofia de **Kant**, a liberdade ocupa também lugar de destaque... É fruto do dever ser em que se constitui a máxima de que cada qual deve transformar o seu agir em regra universal de conduta. A partir daí há uma certa concordância entre liberdade e lei, o que se faz com que o Estado se legitime através de suas leis obtidas em liberdade. (TORRES, 2002, p. 42.)

A segurança jurídica fundamentada apenas na força da lei acabou por perder sua credibilidade quando se realçou o Estado social, no qual preponderava a segurança social, e não a individual. Lobo Torres informa:

A liberdade já se confunde com a só legalidade, senão que vai se abrir também para o diálogo com a justiça e a segurança. A justiça perde o conteúdo que se acreditou ter por intermédio de regras de ouro e passa a ser procedimental, aberta a regras que fundamentam a democracia. A segurança jurídica compreende também a segurança social que, através de princípios como os da dignidade humana e da cidadania, vai ganhar seu lugar na Constituição. (2002, p. 445)

Nesse ponto, o autor propõe que mesmo os princípios da dignidade, da liberdade e da justiça devam sofrer a influência da ponderação, da razoabilidade, da transparência e da igualdade. Invocando Robert Alexy, diz que a legitimação da decisão judicial só pode derivar da *argumentação jurídica racional, que a idéia de racionalidade discursiva apenas se realiza em um Estado Democrático Constitucional e que é impossível um Estado Democrático Constitucional sem discurso.* (2002, p. 446).

Assim, as decisões emanadas do Poder Judiciário devem ser suficientemente justificadas segundo os princípios da ponderação e da razoabilidade, para que possam ser consideradas legítimas – situação que se antagoniza com a simples técnica da subsunção, eminentemente positivista e despreocupada com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Há de se manter conexão do caso em julgamento com a realidade fática e histórica, sujeitando-o ao teste de razoabilidade que procura a adequação entre meios e fins, sopesando as situações particulares diante de princípios constitucionais.

De que justiça se fala, que justiça se quer, quais são os instrumentos para buscá-la? A essas indagações responde o magistrado Antônio Ventura de forma absolutamente poética, mas pessimista:

Um dia, minha bela, te disse que falaria da justiça. Olha que bela, com os cabelos desgrenhados que bem conhecemos. Mulher desfalecida, dos desalentos. Deveria ser dos ventos. Dos justos. Dos injustos. Mandar em todos. E não ser servil nem ao maltrapilho, nem ao Príncipe. A voz que diria, como acalanto, à criança nascida: criança, posso não lhe oferecer sempre o vento e os caminhos, mas acredita. Não darei para ti o direito dos poderosos. Por isso, fechei os meus olhos. Me deram uma venda para que não se corrompessem meus olhos. Mas estou cega. Me deram balanças bem pesadas, confundiram minha cabeça. A balança está desgovernada, pobre criança assustada por balas perdidas, assustada com o terror maior, num estado democrático, já não terás teu direito adquirido. Portanto, esqueças, ó criança, da justiça dos falíveis, homens das cavernas. Busque apenas o arco-íris, o pôr-do-sol. O mar, e se jogue no mar. Longe, no arco-íris, na areia... Porque a justiça foi dormir com os animais selvagens... Porque o resto, além do arco-íris e do mar e da areia, é o denso silêncio.¹⁷

Tal justiça certamente se faz com uma série de qualidades e valores, até com o respeito ao processo dialético argumentativo que permite ao julgador manter-se equidistante em relação às partes.

Conforme acentua Otto Bachoff (**Normas constitucionais inconstitucionais?**. Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 39-41), os direitos fundamentais deixaram de ser vazios ou outorgados por concessão do Estado, tornando-se direitos diretamente aplicáveis. Antes, os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei; hoje, as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais.

¹⁷ Encaminhado, em 12 de maio de 2004, por Ventura ao autor desta dissertação, por mensagem eletrônica, para a lista de discussão da AMB.

Como a ordem jurídica é formada de modo lento e gradual, encontrando-se na evolução histórica influência de correntes axiológicas diversas e conflitantes, os princípios básicos do ordenamento jurídico podem entrar em conflito quando analisados perante uma situação concreta.¹⁸

10. O COMPROMISSO DO PODER JUDICIÁRIO COM A DEMOCRACIA E OS DIREITOS HUMANOS

O Direito deve ser sempre uma tentativa de Direito Justo, por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade.

(Miguel Reale)

A natureza fez os homens tão iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito. Embora às vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo que outro, ainda assim, quando tudo é considerado em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é tão considerável para que um deles possa, por causa disso, reivindicar para si algum benefício ao qual outro não possa aspirar, tal como ele. No que tange à força do corpo, o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, por maquinação secreta ou pela aliança com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.

Quanto às faculdades do espírito, encontra-se igualdade ainda maior entre os homens. O que talvez possa tornar essa igualdade incrível é apenas a concepção presunçosa da própria sabedoria, que quase todos os homens acreditam possuir em maior grau do que os outros, isto é, em maior grau do que todos os homens menos ele próprio e alguns outros poucos que, pela fama ou por concordarem com ele, mereceram sua aprovação. Mas isso prova que os homens são iguais também nesse ponto, e não desiguais. Não há, em geral, maior sinal de distribuição igual de alguma coisa do que o fato de cada homem estar contente com a sua parte. Dessa igualdade de capacidade, origina-se a igualdade de esperança

18 Carlos Maximiliano afirma que tal fenômeno ocorre com frequência, pois os princípios não disciplinam cada um deles uma situação isolada. Diversos princípios de vertentes axiológicas distintas exercem influência sobre um mesmo caso concreto. Diz ele: "Não se encontra um princípio isolado em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos" (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 128).

de atingirmos nossos fins (HOBBS, Thomas. "Da condição natural da humanidade, no que diz respeito à sua felicidade e desgraça". In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

Como, então, negar a uma pessoa o direito de saber e descobrir quem é ela, qual é sua real e verdadeira identidade, podendo ser diversa daquela que lhe informaram, que se exterioriza como única?

Impõe-se, assim, ao juiz de nossos tempos adequar os instrumentos processuais antigos e, às vezes, anacrônicos às necessidades do direito material de hoje, já que, reconhecidamente, o direito processual não é um fim em si mesmo e só se justifica como instrumento de acesso e garantia da realização plena dos direitos que emergem da ordem jurídica material, de forma a buscar a concretização do direito maior de igualdade, pelo menos na possibilidade de que todos conheçam e possam desfrutar da convivência familiar.

Nessa perspectiva de estar vivenciando uma verdadeira revolução na aplicação do Direito, no aprimoramento da Justiça, busca-se aproximá-la do homem como centro de irradiação de todas as forças universais e a quem devem ser dedicados todos os esforços e dirigidas todas as ações para garantir a efetiva concretização de seus direitos fundamentais.

11. A PESSOA: VALOR-FONTE FUNDAMENTAL DO DIREITO

Garantir a liberdade dentro de uma sociedade solidária é o desafio que se coloca. Liberdade para todos e não apenas para alguns. Liberdade que sirva aos anseios mais profundos da pessoa humana. De modo algum a liberdade que seja instrumento para qualquer espécie de opressão.

(João Batista Herkenhoff)

Diante de tantas incertezas, revela-se fundamental a necessidade de uma *reflexão crítico-constructivo desconstrutivista* mais aprofundada em direção a um sistema jurídico liberto de distorções preconceituosas e estigmatizantes que, muitas vezes, impede-nos de pensar e de ver o que está diante de nós.

Essa necessidade se revela mais forte e premente quando esses sistemas dizem sobre as relações pessoais consistentes na união de pessoas (sem qualquer preconceito como homem/mulher, casamento etc.) não só

originadas na natural necessidade gregária do ser humano, mas também na propensão humana a socializar-se, unindo-se a seus iguais.

Ao longo do tempo, o homem vem incorporando esses valores de importância transcendental, deixando para trás a época em que era considerado apenas e tão somente como força de trabalho, quando seu valor era maior ou menor, conforme seu potencial de produção.

A sociedade evoluiu, o homem se modernizou e galgou atingir o *status* central na ordem jurídica mundial, a despeito de uma série de situações em que se configuram o desrespeito, a agressão a seus direitos mínimos existenciais. Essas situações talvez sejam fruto de uma política globalizante, fundamentada no lucro e no consumo. De qualquer forma, a sociedade vem experimentando, ainda que a duras penas, a força preceptiva da Constituição Federal em seu objetivo de garantia dos direitos fundamentais, ainda que mínimos.

De qualquer forma, os movimentos internacionais voltados à preservação e à proteção dos direitos humanos vêm ganhando força e prestígio, a ponto de que, em diversos países, inclusive o Brasil, os tratados que contam com a adesão formal são incorporados pela ordem jurídica com *status* de norma constitucional. Da mesma forma, tais direitos vêm sendo reconhecidos e incluídos nos textos constitucionais de diversos países. Se, por um lado, tal fato pode pouco representar diante de forças atuantes que inviabilizam, impedem e dificultam sua concretização de outro, rende ensejo a que movimentos organizados a partir da força popular exerçam pressão política cada vez mais eficaz.

A atuação eficaz do Poder Público se mostra fundamental para a plenitude do exercício e a preservação da democracia, que tem como elementos primordiais o homem e o Poder Judiciário, que deve atuar com independência e consciência de sua importância, de forma a tornar real, palpável e concreta a norma até então prevista apenas no plano da abstração.

A força da hermenêutica se faz presente no sentido de buscar a interpretação das normas legais e constitucionais de forma que propicie e possibilite o respeito aos direitos humanos e fundamentais, até mesmo como forma de tornar concreto o mandamento de que todo o poder emana do povo, que, em certos momentos, vem sendo solapado pelo que se passou a denominar de “reserva do possível”.

Ao juiz incumbe a tarefa de efetivação dos direitos fundamentais, ainda que dele não seja exclusiva, preservando sempre os princípios da unidade da Constituição, sob o postulado da proporcionalidade. Alguns argumentam que, em tempos de crise, até mesmo a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a necessária estabilidade econômica, impondo-se o “embalsamamento” do Poder Judiciário. No entanto, é importante salientar, com Alexy, que, justamente em tais circunstâncias, uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera social, por menor que seja, revela-se indispensável. Talvez seja uma tarefa que melhor caberia a Deus, visto que:

Desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago.

Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha por todos os interessados no poder ou no poder-violência, sem que antes lhe tivessem perguntado. A diferença reside no fato de que o povo poderia ter sido perfeitamente consultado. Mas nesse caso os donos do poder deveriam ter se contentado com a população real, e nesse caso resultariam sempre desejos distintos, o caráter heteróclito das necessidades, a contraditoriedade dos interesses, a incompatibilidade das intenções, em suma, a situação real. Em vez disso, e provavelmente também por causa disso, a despedida de Deus não foi aceita sem ambigüidades. E o dono do poder (juntamente com os seus adversários que queriam tornar-se donos do poder) criou o povo conforme a sua imagem; conforme as suas necessidades e o seu gosto ele o criou.

E a democracia? Mesmo lá onde se pensou na população e se tentou instituir seu governo, a seletividade de cada invocação d’o” povo (e mesmo “d”a população) acabou por se impor diabolicamente: o deus evidenciou ser dificilmente exorcizável (diferenças de informação, de cultura, de camada, de classe, de linguagem; manipulação; estrutura de vigência jurídico-institucional). Por trás do lado vitrine do Uno Ponto de Convergência de todas as legitimações pel”o povo” pulula e atua

o politeísmo real (i.é., dos constituent groups, das classes decisoras, dos que são capazes de articulação e poder-violência (poder) entre grupos). (MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.** Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21-22)

Veja-se que, mesmo quando se cuida do soberano poder do povo, há que se voltar os olhos para o que existe por detrás, quais são as forças que atuam e, eventualmente, se elas servem do povo apenas e tão somente como massa de manobra. No entanto, com a evolução da espécie humana, com o maior acesso às informações, com a conscientização de que o progresso de qualquer povo está a depender dele próprio, de sua força revitalizadora e, até mesmo, revolucionária quando necessário, o que só ocorre com educação e cultura, buscar-se-á um sopro de esperança para a transformação do mundo, em definitivo, num lugar pacífico e apto à realização do sonho maior da humanidade de viver plenamente e em paz.

Neste clima de progresso e novos ares, a instituição familiar experimenta significativas e profundas mudanças, pugnando e vivenciando importante ruptura com os conceitos e parâmetros que a nortearam, ao longo dos séculos. **Nesse processo, passou a ser vista e vivida como locus apropriado ao desenvolvimento do ser humano, quer sejam os filhos, quer os cônjuges, que, nesta versão moderna, romperam também com a necessidade do matrimônio formal, contratual e mesmo religioso, para que sejam considerados como verdadeiros parceiros, companheiros, enfim, pessoas que, de forma consciente e independente, resolveram viver juntas, dedicando suas atenções, carinhos e afetos, ao mesmo tempo em que dividem angústias, temores e decepções.** Exatamente nesse terreno fértil de sentimento, de afetividade, de dedicação, busca-se o “enquadramento” do ser humano na condição de companheiro.

Inolvidável concluir-se, igualmente, que um novo conceito de união afetiva está sendo construído, fruto da crise caracterizada pelo fato de que os existentes já não mais atendem às características atuais dessa condição, nem dão conta de abarcá-las. Os conceitos existentes estão sendo desconstruídos, e há um questionamento das formas contemporâneas de surgimento. No dia a dia, uma vastíssima variedade de famílias está se constituindo pela união de pessoas que não necessariamente tenham

vínculos jurídicos ou sanguíneos, mas, mesmo assim, elas formam novos núcleos familiares – que têm como elo principal o afeto – e são passíveis, portanto, de reconhecimento e tutela.

Diante das circunstâncias que passaram a regulamentar o matrimônio e sua desconstituição, com relativa facilidade, os segmentos mais conservadores da sociedade sentenciaram a desagregação total e completa da família, fruto da libertinagem, da liberdade sexual, da ânsia cada vez maior de buscar a tão propalada liberdade. Mas verificou-se exatamente o contrário. Após um primeiro momento em que esses receios podiam parecer justificados, passou-se a uma segunda fase, em que as famílias, já libertas das amarras do contrato, ou mesmo do receio de “queimarem no fogo do Inferno ou de serem excomungadas”, **passaram a formar novos núcleos, ligados exclusivamente, ou principalmente, por força do amor, da fraternidade, da solidariedade e do afeto.**

Porém, esse ingrediente fundamental, importante, essencial para a manutenção de qualquer relacionamento familiar, profissional, amoroso, contratual ou de qualquer outra ordem, é simplesmente ignorado quer pelo legislador ordinário, quer pelo constitucional. **Na verdade o que se verifica é a tendência de o sistema positivado relegar ao plano da inexistência aquele que se apresenta como o mais forte e talvez o único elemento que possibilite a manutenção e o fortalecimento dos laços familiares.**

No entanto, também respirando ares de modernidade, fruto do fortalecimento do regime democrático, alicerçado na Constituição Federal e na perseverança propulsora contida na efetividade dos princípios nela inseridos, demarca-se ordem jurídica que busca a Justiça, de forma constante e obstinada, alçando a pessoa humana à condição de fundamento e fim de todo o Direito, como professa Miguel Reale (“A pessoa, valor-fonte fundamental do Direito”. *In*: **Nova fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990)

Por esse motivo, toda a normatização legal e os princípios constitucionais encontram sua razão e origem no homem e na sua liberdade, daí o papel fundamental do Direito enquanto técnica de convivência indispensável para a manutenção e reforma, quando necessária, da sociedade, fundamentadas em procedimentos que, enquanto legalidade, conferem qualidade ao exercício do poder, sendo por isso mesmo, indispensáveis, dada a relevância entre meios e fins e o nexó estreito que existe entre procedimentos e resultados. Não se fala, aqui, da liberdade fundada no prin-

cípio da igualdade formal, segundo a concepção do liberalismo clássico, que entendia que o Estado deveria abster-se de quaisquer intervenções na vida econômica e na vida social. A partir do momento em que foram abolidos os privilégios, desigualdades artificiais, cada cidadão poderia desenvolver livremente as suas aptidões segundo as suas qualidades pessoais.

Estaria, assim, garantida a igualdade de oportunidades – a igualdade verdadeira, aquela que consiste em tratar igualmente coisas iguais e desigualmente coisas desiguais –, idealizada na República de Weimar e em sua Constituição de 1919, que inaugurou, na Alemanha, o Estado social de direito.

Esses ares solidários e protetivos se fizeram sentir no Direito norte-americano por meio da jurisprudência que se formou em torno da V Emenda da Constituição (1791), resultando no *due process of law* e com a inclusão, em 1868, da XIV Emenda da cláusula *equal protection of the law*, que viria a ser o suporte do controle e respeito pela igualdade.

Escreve a respeito Carlos Roberto Siqueira Castro:

O princípio da igualdade articula-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, por seu significado emblemático e catalizador da interminável série de direitos individuais e coletivos sublimados pelas constituições abertas e democráticas da atualidade, acabou por exercer um papel de núcleo filosófico do constitucionalismo pós-moderno, comunitário e societário [...]. Nesse contexto de novas ordens e novas desordens, os princípios e valores ético-sociais sublimados na Constituição, com a proeminência do princípio da dignidade de homens e mulheres, assumiram o papel de faróis de neblina a orientar o convívio e os embates humanos no nevoeiro civilizatório neste prólogo do novo milênio e de uma nova era. [...] Afivelados estão os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, enquanto elementos de utopia concreta que atendem as perspectivas constitucional-humanitárias. Assim é que a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. II da CRFB) consta do rol dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. (apud ABREU, Sérgio. "O princípio da igualdade: a (in)sensível desigualdade ou a isonomia

matizada". In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 253-267).

Assim, no plano jurídico e em tudo o mais, o homem é a medida de todas as coisas. Nunca pareceu tão oportuna a célebre frase do sofista grego Protágoras: *O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são*. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997).

Esse homem, centro dos direitos, ainda carrega o fardo do passado carcomido, fruto de um liberalismo que pregou e conduziu ao capitalismo selvagem, que o manteve por muito tempo, apenas como valor enquanto ser produtivo e consumidor. Quando já não mais pudesse ser uma coisa ou outra, era tratado como de nenhuma serventia e simplesmente relegado ao abandono e descartado. Ainda que atualmente se experimente o crescimento da visão social do Direito, não raro se veem filas de velhinhos nas portas de repartições públicas, praticamente esmolando os direitos pelos quais pagaram a vida toda; filas quilométricas de pessoas em busca de um emprego, ainda que de reduzida remuneração; crianças exploradas em sinais de trânsito, em busca de uma migalha para comer, longe da escola, da família e das mínimas condições de concretização do sonho dourado de formar uma personalidade sadia, não lhes restando outro caminho ou alternativa que não seja o único trabalho que lhes será oferecido – a criminalidade.

Não obstante, constitui a dignidade um valor universal. A despeito das diversidades socioculturais perversas e de todas as diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade, embora diferentes em suas individualidades. Elas apresentam, em função da humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais, e o respeito não pode ser considerado como generosidade, mas sim como dever de solidariedade imposto a todos pela ética, e não necessariamente pelo direito, pela religião ou por outra qualquer força estruturante.

Schopenhauer, em **Sobre o fundamento da moral**, escreveu:

[o] egoísmo humano é sem limites e comanda o mundo, pois o homem quer tudo dominar, o homem relacional pretende que tudo exista e gire em torno de seu interesse, ainda que

esse interesse seja dirigido a uma recompensa a ser recebida fora deste mundo. A própria cordialidade entre homens nada mais é do que a mera hipocrisia reconhecida e convencional. (SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o fundamento da moral.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 85)

Apesar dessa visão pessimista, não há de se perder a esperança no homem.

De qualquer forma, a dignidade humana constitui princípio fundamental. Por esse motivo, independe de previsão legal (e até mesmo constitucional, pois é valor da humanidade) para que seja respeitada, mas, quando inserida no texto constitucional, ganha visibilidade e possibilidade de aceitação, até mesmo por aqueles positivistas mais arraigados à caolha e insuficiente visão de Direito.

Nesse caminhar, sendo o Direito também integrado por princípios gerais, escritos ou não, que dão suporte a todo o ordenamento jurídico, vem sendo propagada a ideia de que o Direito é um sistema não apenas de regras, mas também de princípios que operam já não mais como fontes subsidiárias, mas sim primárias e prevalentes, sobrepondo-se inclusive aos textos legais. Esse movimento convida ainda a que sejam interpretados de forma abrangente e expansiva, alçando o intérprete e aplicador da norma à condição de responsável pela concretização dos direitos humanos.

É interessante assinalar que essa tendência só passou a ser aceita com um pouco menos de reação muito recentemente, sendo por demais relevante a corajosa contribuição de estudiosos (no exterior, citam-se Ronald Dworkin, Robert Alexy, John Rawls e J. J. Canotilho; no Brasil, Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Miguel Reale, João Herkenhoff, Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, entre outros) de uma escola progressista, humanitária e voltada à efetiva valorização do ser humano que se dispõe a lançar o desafio à reflexão, como feito por Luiz Edson Fachin: **Recusar essa direção e contribuir para a sua superação significa reconhecer que consciência social e mudança integram a formação jurídica. Representa, ainda, um compromisso com o chamamento à verdadeira finalidade do ensino e da pesquisa jurídica, um desafio que questiona.** ("Virada de Copérnico – Um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo". In: FACHIN, Luiz E. (Coord.). **Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 319).

Considerando, portanto, sua aplicabilidade direta e imediata, os princípios impregnam, com toda sua carga valorativa, as normas jurídicas, relacionando-se de forma mais próxima com os direitos da personalidade e os direitos fundamentais.

Pari passu com essas ideias, ganharam força as normas legais de conteúdo aberto, o enfoque do ordenamento jurídico permeável, necessitando sempre da complementação, integração e atualização, que são funções do intérprete. Deve-se admitir também que essa mudança de paradigma não ocorre sem muita e forte reação de um segmento reacionário, mas ainda majoritário, que atua no Direito. Não raro, quando o tema é posto em debate, ouve-se o argumento de que essa visão supostamente abstracionista acarretaria insegurança na aplicação das normas, rendendo ensejo ao arbítrio do intérprete. Porém, refletindo responsabilmente sobre o assunto, não se pode esquecer o fundamento de que também para esse sistema há regras de hermenêutica.

Assim, a concretização dos direitos fundamentais, entre os quais o princípio da dignidade humana, vem ganhando, a duras penas, fôlego e respaldo da doutrina mais oxigenada, embora haja forte, porém decrescente, reação da jurisprudência, fruto do tradicionalismo que domina os tribunais, não raro avessos a mudanças.

Exatamente essa forma de pensar e de agir põe o Poder Judiciário em xeque, afastado da sociedade, desconhecedor do jurisdicionado, com procedimentos arcaicos e ineficientes, com rituais extremamente longos e demorados, que geram desconfiança da população e lhe solapam a credibilidade. Nesse contexto, já se faz tardia a oportunidade de profunda e sensível reforma, não só nos procedimentos, mas, principalmente, na forma de pensar de seus componentes.

Essa linha de argumentação indiscutivelmente demanda que se busquem e propiciem, cada vez mais, espaços de interlocução e possibilidade de pensamento dialético e inovador. Torna-se mister seguir os passos do legislador constitucional que iluminou e pavimentou o caminho posteriormente traçado pelo novo Código Civil, notadamente no que se refere à sua aplicação e interpretação, de forma a **corresponder aos anseios dos cidadãos, servindo como sinalizador para a construção de uma sociedade mais igualitária, mais justa, menos preconceituosa e discriminatória, na qual a família seja um verdadeiro LAR: Lugar de Afeto e Respeito.**

Esse debate inovador e, de certa forma, desafiador faz parte de uma forma diferente de pensar o Direito, não como conjunto de regras positivadas e impositivas, aplicadas pela fórmula da subsunção, mas como forma libertadora, resultante da educação continuada. Trazendo a lume as sábias palavras de Luiz Edson Fachin, cabe recordar que, “em todo campo do saber (daí a pertinência quicá especial com a instância jurídica), há o desafio de conhecer para transformar, pois a educação que tão só reproduz não liberta”.

É pertinente invocar ainda os ensinamentos de Paulo Freire: *A educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa.* (FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 23. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 42).

Ácido, mas também, há que se reconhecer, absolutamente real e atual, é o posicionamento de Marilena Chaui:

as leis, porque exprimem os privilégios dos poderosos ou a vontade pessoal dos governantes, não são vistas como expressão de direitos nem de vontades e decisões públicas coletivas. **O poder Judiciário aparece como misterioso, envolto num saber incompreensível e numa autoridade quase mística.** Por isso mesmo, aceita-se que a legalidade seja, por um lado, incompreensível e, por outro, ineficiente (a impunidade não reina livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja a da transgressão (o famoso “jeitinho”). Como se observa, a democracia, no Brasil, ainda está por ser inventada. (*op. cit.* p. 408)

Talvez a contribuição do Direito seja exatamente propiciar, estimular e mesmo forçar o fortalecimento do regime democrático, transpondo-o da teoria à prática e fundando novos paradigmas originados na relação sincera e solidária entre as pessoas. **O Direito deve se transformar num espaço de diálogo e interlocução dotado de respeito e ter, na prevalência do homem e na preponderância dos direitos a ele relativos, seu valor maior.**

12. EM BUSCA DE UM PARADIGMA – A AFETIVIDADE

A tolerância e a liberdade na multiplicidade de formas e caminhos a seguir para os pesquisadores trouxe também uma

nova intolerância e radicalismo daqueles que, com medo do outro, do novo, do diferente, ou mesmo com medo do antigo, do tradicional, do ainda francamente majoritário no cenário jurídico nacional, tentam impor uma só maneira de pensar, uma só forma “teoricamente científica” de pesquisar, uma só metodologia, um só discurso e linguagem, uma só linha de pensamento na academia.

(Cláudia Lima Marques)

Parece razoável, a esta altura do texto, e após tudo quanto se afirmou, questionou e discutiu, observar que os valores lançados nas leis e na própria Constituição Federal, como fundamentais para construção e existência de uma família (casamento ou união estável entre pessoas de sexos diferentes), já não atendem às necessidades da realidade atual.

As pessoas, já libertas de algemas apregoadas pelo moralismo exacerbado, por questões religiosas ou até por imposição da saúde pública (por exemplo, a necessidade de frear a epidemia da Aids), ligam-se e mantêm relacionamentos estáveis, duradouros, que frutificam e geram filhos, que são criados em clima que lhes é propício à formação da personalidade, apenas e tão somente se assim o desejam, ou seja, se há um elo subjetivo, afetivo, sentimental e ético que seja suficientemente forte e capaz de assim mantê-los.

Este valor – a afetividade – está a merecer maior atenção de estudiosos do direito, da psicologia e da sociologia para que seja alçado ao status de relevância que atualmente representa, de extrema importância à felicidade e à plenitude da pessoa humana, reconhecida agora como destinatária e astro maior de todo o sistema jurídico constitucionalizado e calcado sobre a preponderância dos seus direitos fundamentais.

Não há mais como ignorar que o Direito Civil atual é outro, remodelado, com novos paradigmas, constitucionalizado e oxigenado por valores e fundamentos diversos daqueles que apoiavam e alicerçavam o Código Civil de 1916, fruto do liberalismo exacerbado que elegeu a propriedade e o patrimônio como forças centrais do ordenamento legal, pois

Este Direito Civil “repersonalizado” que se ancora em princípios e fins para além da suposta autonomia e pretensa igualdade; sem carpir-se no futuro acontecido ontem, saudar o reconhecimento da pessoa e dos direitos da personali-

de, mesmo que seja para prantear os não reconhecidos, os excluídos de todos os gêneros; no véu da liberdade contratual encontrar mais responsabilidade que propriedade, menos posse na formação epistemológica do núcleo familiar; e fotografar a legitimidade da herança e direito de testar na concessão que também outorga personalidade jurídica aos entes coletivos. E aí filmar o roteiro das tendências contemporâneas. (FACHIN, 2000, p. 6)

Na mesma senda, pode-se colher o ensinamento de Orlando de Carvalho, que, explicando o significado de “repersonalização”, afirmou:

*É esta valorização do poder jurisdicção do homem comum – sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito de família, a sua afetividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potenciam – é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do Direito Civil o foyer da pessoa, do cidadão puro e simples. (CARVALHO, Orlando. **A teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Centelha, 1981, p. 92)*

Como disse Vinícius de Moraes, “a vida é a arte do encontro, apesar de tantos desencontros”. **É preciso permitir que o aconchego e a afetividade sejam as forças motrizes de uma construção constante do ser humano pleno, digno, realizador e concretizador dos anseios de modernidade, que resultará, finalmente, num homem feito à imagem e semelhança daquele que nos criou a todos, mas que, por tanto tempo, insistimos em ser exatamente o contrário do que nos foi ensinado.**

No entanto, ao final e ao cabo, sempre buscando um recomeço, sem se deixar esmorecer pelas eventuais quedas, tropeços e objetivos não atingidos, mas, de qualquer forma, tirando lições dos erros, na busca constante da convivência pacífica, humanizada e afetiva entre os seres humanos de conformidade com a realidade social atual, plúrima, múltipla, flexível e em constante movimento.

Fatos marcados por êxitos e tropeços cunham o que se pode chamar de vida, como observou Lya Luft:

A história mais difícil de escrever é a nossa própria, complexa, obscura, inocente ou perversa – bem mais do que são as narrativas ficcionais.

Brinquei muito tempo com a idéia de dizer “sim” ou “não” a nós mesmos, aos outros, à vida, aos deuses, como parte essencial dessa escrita de nosso destino – com os naturais intervalos de fatalidades que não se podem evitar, mas têm que ser enfrentadas.

Acredito em pegar o touro pelos chifres, mas vezes demais fiquei simplesmente deitada e ele me pisoteou com gosto. Afinal, a gente é apenas humano.

Nessa difícil história nossa, de dizer sim ao negativo, ao sombrio em lugar de dizer sim ao bom, ao positivo, é o desafio maior. Pois a questão é saber a hora de pronunciar uma ou outra palavra, de assumir uma ou outra postura.

O risco de errar pode significar inferno ou paraíso.

Também descobri (ou intentei?) isso de existir um ponto cego da perspectiva humana, em que não se enxerga o outro, mas apenas um lado dele: seu olho vazado, sua boca cerrada, seu coração amargo.

Sua alma árida, ah...

O ponto cego das nossas escolhas vitais é aquele onde a gente pode dizer “sim” ou “não”, e nossa ambivalência não nos permite enxergar direito o que seria melhor na hora: depressa, agora.

O ponto mais cego é onde a gente não sabe quem disse “não” primeiro. E todos, ou os dois, deviam naquele momento ter dito “sim”.

Viver é cada dia se repensar: feliz, infeliz, vitorioso, derrotado, audacioso ou com tanta pena de si mesmo. Não é preciso inventar algo novo. Inventar o real, o que já existe. Nosso

drama é que às vezes a gente joga fora o certo e recolhe o errado.

Da acomodação brotam fantasmas que tomam a si as decisões: quando ficamos cegos não percebemos isso, e deixamos que a oportunidade escape porque tivemos medo de dizer o difícil “sim”.

O “não” também é um ponto cego por onde a gente escorre para o escuro da resignação.

O ponto mais cego de todos é onde a gente nunca mais poderá dizer “sim” para si mesmo. E aí tudo se apaga. Mas com o “sim” as luzes se acendem e tudo faz sentido.

Dizer “sim” a si mesmo pode ser mais difícil do que dizer “não” a uma pessoa amada: é sair da acomodação, pegar qualquer espada – que pode ser uma palavra, um gesto, ou uma transformação radical, que custe lágrimas e talvez sangue – e sair à luta.

Dizer “sim” para que o destino nos oferece significa acreditar que a gente merece algo parecido com crescer, iluminar-se, expandir-se, renovar-se, encontrar-se, e ser feliz.

*Isto é: vencer a culpa, sair da sombra e expor-se a todos os riscos implicados, para finalmente assumir a vida. (LUFT, Lya. **Pensar é transgredir.** Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 15.)*

Essas palavras, esse pensamento e, acima de tudo, esse sentimento de pacificar, de partilhar de forma fraterna e solidária os conhecimentos e direitos, não de ser aplicados e interpretados na busca do consenso da convivência respeitosa dos contrários, como professa a ancestral sabedoria chinesa que se caracteriza pela insaciável busca de integração dos opostos e da harmonização das forças, principalmente psíquicas. Segundo informa o teólogo Leonardo Boff (2004):

nós ocidentais, somos herdeiros de um pensamento linear que trabalha constantemente com o princípio da identidade e de contradição, tardiamente enriquecido pela dialética. Nossa postura antropológica nos fez imperialistas e dominadores de todas as diferenças. Ou elas são incorporadas

*na mesmice ocidental ou subalternizadas e até destruídas. A sabedoria procura sempre incluir os opostos. Tal postura vem expressa pelo famoso tai-ki, o círculo dentro do qual se entrelaçam como que duas cabeças de peixe. É a presença das duas forças universais – ying e yang (céu e terra, luz e sombra, masculino e feminino) que entram na composição de todos os seres. Ying e Yang concretizam o shi, a energia primordial e misteriosa que sustenta tudo, chamada de Tao. Tao é mais que caminho é a energia pela qual fazemos o caminho e que possibilita qualquer realidade. (BOFF, Leonardo. "Sabedoria chinesa". **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 28 maio 2004)*

Talvez seja esse o sentimento a animar todos quantos se tenham dado conta de que o Direito existe em função do homem, e o homem é muito mais do que matéria e patrimônio, é alma, espírito e coração. Assim, há de se iniciar (ou continuar) a séria intenção de buscar caminhos que possam conduzir à efetiva concretização dos direitos fundamentais do ser humano no interior do sistema jurídico vigente.

Esse Direito mais humanizado deve ser observado com as lentes libertadoras da democracia, sem compromisso com a preservação do que se ponha como afronta à pessoa como centro do universo, fonte e destino de todas as forças catalisadoras voltadas à sua plena realização individual, familiar, coletiva e social.

Há que se buscar um paradigma que atenda a realidade inafastável e impossível de se ignorar que é representada por um valor maior que se faz forte, pujante e definitivo, que é a socioafetividade. Sem isso, continuará o sistema jurídico a gritar para surdos, a escrever na areia da praia, afastando-se cada vez mais da legitimidade necessária às decisões judiciais.

13. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização comporta um fenômeno mais profundo que o econômico-financeiro, o qual marcou o liberalismo patrimonial e mercantilista. Implica, sim, a inauguração de uma nova fase da história da Terra e da humanidade. Estamos mudando de paradigma civilizacional, e isso significa que está nascendo um outro tipo de percepção da realidade,

com novos valores, novos sonhos, nova forma de organizar os conhecimentos, novo tipo de relação social, nova forma de dialogar com a natureza e com o mundo e nova maneira de entender o ser humano no conjunto dos seres.

Esse paradigma nascente nos obriga a operar progressivas travessias: importa passar da parte para o todo, do simples para o complexo, do local para o global e do nacional para o planetário. Isso nos permite perceber que todos somos interdependentes. O destino comum foi globalizado. **Agora há uma escolha: ou cuidamos da humanidade e do homem, ou não teremos mais futuro algum.** Não nos é mais permitido pensar e viver como antes, sem preocupação com o amanhã, com o porvir e com o próximo, pelos quais, agora sabemos, somos todos responsáveis. Temos que mudar as formas de nos relacionarmos, com os outros e com o planeta, como condição de nossa própria sobrevivência.

Para a consolidação desse novo paradigma, é importante superar o fundamentalismo da cultura ocidental, hoje mundializada, que pretende deter a única visão das coisas, válida para todos. Por outra parte, o risco que corremos nos propicia a chance de reorganizarmos, de maneira mais justa e criativa, a humanidade e toda a cadeia da vida. Essa criatividade está inscrita em nosso código genético e cultural, pois só nós fomos criados criadores e copilotos do processo evolutivo.

O efeito final será uma Terra multicivilizacional, colorida por todo tipo de culturas, de modos de produção, de símbolos e de caminhos espirituais, todos eles acolhidos como legítima expressão do humano, com direito de cidadania na grande confederação das tribos e dos povos da Terra.

Por isso e para isso, há de se olhar para frente, recolher todos os sinais que nos apontam para um desfecho feliz de nossa perigosa travessia e gerar uma atmosfera de benquerença e de irmandade que nos permita viver minimamente felizes neste pequeno planeta, escondido num canto de uma galáxia média, no interior de um sistema solar de quinta grandeza, mas sob o arco-íris da boa vontade humana e da benevolência divina.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e o novo Código Civil Brasileiro trouxeram mudanças paradigmáticas¹⁹ e impregnaram todo o sis-

¹⁹ Fritjof Capra, físico quântico, e Thomas Kuhn, filósofo das ciências, ensinam que a *noção de paradigma* é normalmente utilizada para estabelecer uma diferenciação entre dois momentos ou dois níveis do processo de conhecimento científico. Para um entendimento mínimo do que significa essa noção, pode-se conceituar o paradigma

tema de direito privado com a preocupação social e ética, ensejando a releitura e a filtragem, não só do sistema legal positivado, mas também da doutrina, para adaptá-los aos novos valores, conceitos e princípios.

O Direito Civil já não mais pode ser tido, aplicado e lecionado com base nos modelos individualistas do século passado, alicerçados em velhos dogmas liberais. Deve, sim, permitir a construção da dignidade do homem e de uma sociedade mais justa, fraterna e igualitária.

Este texto se encerra. Mas espera-se que o diálogo sobre o tema esteja apenas no início, voltado sempre à compreensão da existência do homem no mundo, a facilitação e mesmo a criação de possibilidades de convivência plena, digna, fraterna e pacífica. Isso depende de sensível desenvolvimento das ciências ligadas ao comportamento humano, mesmo o Direito, que é responsável pela aplicação e interpretação das normas e princípios legais e constitucionais. A tarefa há de ser desempenhada em salutar compartilhar humilde, democrático e despido de vaidades que a nada conduzem, aproveitando as experiências e os saberes de outras ciências.

Não há como se esquecer que, em 5 de outubro de 1988, o deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, ladeado pelo Ministro Moreira Alves, presidente do Supremo Tribunal Federal, e por José Sarney, presidente da República, proclamou o nascimento da Constituição Cidadã, que encerrou um ciclo de 20 anos de chumbo, alçou o ser humano ao centro de todas as atenções e elevou os direitos da personalidade ao *status* de irrenunciáveis, imprescritíveis e inalienáveis.

Além disso, criou instrumentos de proteção contra agressões, violência ou ameaça a tais direitos e, exatamente nesse ponto, idealizou uma Justiça comprometida com a legitimidade de suas decisões, com a aproximação da população, imune a pressões, coações e vínculos com outros interesses que não sejam o da distribuição da jurisdição com equidade, equilíbrio e valorização da dignidade da pessoa humana, projetando o

como um modelo de ciência que serve como referência para todo um fazer científico durante uma determinada época ou um período de tempo demarcado. A partir de um certo momento da história da ciência, o referido modelo predominante tende a se esgotar em função de uma crise de confiabilidade nas bases estruturantes de seu conhecimento. Então, o paradigma passa a ser substituído por outro modelo científico predominante. Também pode ocorrer o fato de dois paradigmas disputarem o espaço de hegemonia da construção do conhecimento, do fazer científico. O paradigma precedente pode passar por uma crise de credibilidade científica, ao mesmo tempo em que o modelo paradigmático emergente ainda não é aceito pela comunidade científica internacional. Assim, dois grandes paradigmas científicos podem conviver, em disputa ou equilíbrio, durante largos períodos da história da ciência e das sociedades (CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982, KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1989).

país para o futuro e nos impondo a responsabilidade da concretização dos sonhos da modernidade.

Em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigor o Código Civil brasileiro, aclamado por Miguel Reale como a Constituição do Homem Comum, alçado à condição de valor-fonte fundamental de todo o direito e, em consequência, centro de todas as atenções, o que vem sendo chamado de repersonalização. Sonhando com os pés no chão e tendo os olhos no porvir, utilizou-se de cláusulas gerais, com nítida mitigação do positivismo, transformando o juiz de mera “boca da lei” em verdadeiro solucionador de conflitos e alçando-o à condição de responsável pelos resultados e pela sorte das pessoas cujos interesses estejam por ele sendo decididos.

Por isso e para isso, ele haverá de proceder de forma ética e humana. Assim, o Código o muniu de instrumentos poderosos, como, por exemplo, a utilização das mencionadas cláusulas gerais, trazendo consigo um modelo comprometido com a função social do Direito e do acesso das pessoas à ordem jurídica justa, na idealização e formação de uma sociedade solidária e fraterna, alicerce da preservação da dignidade humana.

Esse é o papel do Poder Judiciário moderno, cidadão, solidário, voltado à efetivação das tarefas que a Constituição lhe atribuiu, por meio da abertura de uma imensa janela voltada à dimensão ética, mergulhado nos direitos das partes a fim de desvelar o que há por detrás de tudo, em busca da verdadeira Justiça, fazendo desaparecer a figura do juiz inerte, descomprometido com o destino das partes e as consequências de suas decisões, satisfazendo-se com o fato de estarem elas de acordo com as regras procedimentais. **Não há mais lugar para o juiz automático, descompromissado, preocupado mais com o invólucro do que com o conteúdo.**

De fato, a Constituição Federal desfez o mito de que só poderia ser a família fruto do casamento, o que se deve a uma revolução no relacionamento entre as pessoas e a um novo posicionamento da mulher na sociedade, ocupando espaços e exigindo respeito. A família dos nossos dias, aberta, plural, desvinculada de valores que determinem que as pessoas permaneçam juntas por outro motivo que não seja o benquerer e a afetividade, configura-se como o ambiente ideal para a formação sadia de seus componentes, convivência fraterna, solidária e digna do ser humano.

Com essa ruptura, afloraram-se núcleos formados por pessoas que não necessariamente mantinham entre si vínculos previstos legalmente,

vindo o reconhecimento do concubinato, da união estável e da convivência a reboque de uma realidade social que o direito fazia questão de ignorar.

Agora, mais uma vez, vê-se o direito atropelado pela evolução social e científica, desta feita pelas técnicas de inseminação artificial, clonagem do ser humano e enfrentamento pelos homossexuais do preconceito e da discriminação.

A legitimidade das decisões jurisdicionais depende dos vínculos com os valores sociais, temporal e geograficamente localizados, para que possam ser aceitas e não impostas de forma violenta. Para isso, tanto a Constituição Federal, como o Código Civil e outras normas legais vêm adotando o sistema de utilização de *cláusulas abertas*, convocando os intérpretes à complementação e conformação da norma aos fatores concretos, permitindo a evolução e a adaptação sem que seja necessária a alteração de seu texto, mesmo pelo *controle difuso de constitucionalidade*, que parece mais aproximado dos valores da democracia, pois possibilita o argumento de que a Constituição Federal e os princípios nela inseridos estejam sendo violentados. É certo que os princípios devem merecer força normativa prevalente mesmo sobre as próprias normas legais ou constitucionais, pois refletem as perspectivas maiores que a sociedade deseje para seu país.

Mais uma vez, a Constituição Federal incumbiu o Poder Judiciário de velar pelos direitos fundamentais da pessoa em qualquer hipótese de lesão, mesmo que originada do próprio Judiciário.

Assim, faz-se necessário que a atuação jurisdicional seja muito mais do que simples exercício de subsunção e que o julgamento seja acompanhado da profunda responsabilidade de decidir, muitas vezes, a própria vida de um número elevado de pessoas. Para isso, deve se pautar na preservação da dignidade da pessoa como valor-fonte fundamental do Direito.

Talvez seja esse o *paradigma* que se está a buscar e tenta-se alcançar. Um elemento que justifique e explique os motivos de pessoas estarem e permanecerem juntas, visto que, no momento de evolução social atual, nem a lei, nem as decisões judiciais, nem os padrões tidos como certos na sociedade e, muito menos, a definição sexual como homem e mulher se mostram suficientes para determinar que assim se mantenham. **Talvez**

seja essa a chave para a construção de um novo tempo, deixando para trás a indiferença social, o desamor, a falta de responsabilidade e solidariedade com o próximo, buscando um ponto de equilíbrio a decifrar as mensagens que emanam do Código Civil e da Constituição. Não fazê-lo é uma omissão extremamente condenável.

A manutenção dos olhos voltados aos modelos do passado transformará o sonho da democracia social em pomposa inutilidade. *Sejamos agentes da mudança*, seus protagonistas, e não meros espectadores.

Não se ignora que é necessário um processo lento de mudança de paradigma, mas há que ser desfraldada a *bandeira da solidariedade*, à frente de todos os propósitos, que deve ser acompanhada, também, da *bandeira do sonho*, como construtora da utopia do possível, e da *bandeira da luta* na busca de um país melhor.

Na Constituição, estão os valores eleitos pela sociedade como fundamentais, os princípios que dimensionarão o justo. Uma vez nela inseridos, transformam-se na chave de todo o sistema, determinando o viés a ser seguido pelo intérprete na tomada de decisões dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Havendo conflito e tensão entre princípios constitucionais, cumpre ao intérprete encontrar um compromisso, pelo qual se destine, a cada princípio, um determinado âmbito de aplicação, não se devendo, de modo algum, eliminar algum deles. A missão do intérprete é buscar uma solução conciliadora, definir a área de atuação de cada um dos princípios. Não havendo uma única solução para todas as hipóteses, prevalecerá sempre aquele que, especificamente no caso concreto, tiver maior força. Tal prevalência não implica restrição em abstrato da força impositiva do princípio afastado. Em outras circunstâncias, diante de novos fatores relevantes, o princípio antes afastado está pronto para ser aplicado.

O processo deve ser o instrumento para garantia de que a justiça seja aflorada e que venha à superfície o que realmente esteja camuflado nos recônditos direitos alegados pelas partes.

O direito e as relações humanas demandam abertura dialética, capilaridade, contato com os demais ramos do saber, sendo necessária a discussão desprovida de preconceitos arraigados num positivismo que cega e que parece já não mais ter espaço no Direito e que deve ser submetido,

sempre, aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, afrouxando os nós que transformam o jurista num autômato e retirando a venda colocada na deusa Têmis – muitas vezes, pretende-se que ela seja cega para não ver as atrocidades que são cometidas em seu nome.

A Justiça não é cega. Tem os olhos abertos, é ágil, acessível, ativa, democrática e efetiva. Tirando-lhe a venda, resta ela liberta para que possa ver e, com olhos despertos, há de ser justa, prudente e imparcial, há de ver a impunidade, a pobreza, o choro, o sofrimento, a tortura, os gritos de dor e a desesperança dos necessitados que lhe batem à porta. E conhece, com seus olhos espertos, de onde partem os gritos e as lamúrias, o lugar das injustiças, onde mora o desespero. Mas não só vê e conhece. Ela *age*. Essa é a Justiça que reclama, chora, grita, sofre e se faz presente sempre que necessário para garantir a igualdade dos direitos e a efetiva garantia quando violentados. **Uma Justiça que se emociona. E de seus olhos vertem lágrimas. Não por ser cega, mas pela angústia de não poder ser mais justa.**

Não há de ser uma utopia inatingível imaginar-se e buscar-se um mundo melhor, um mundo onde prevaleça o direito voltado à satisfação plena das necessidades do ser humano, das quais a maior é a felicidade. Para isso, **haverá que prevalecer a força dos sentimentos que unem as pessoas apenas pelo fato de terem seus atos guiados pelo coração, pela afetividade, pelo benquerer, talvez o paradigma que esteja à espera de ser desvelado, o elemento justificador das decisões judiciais e do relacionamento entre as pessoas.**

Afinal, parafraseando Ricardo Pereira Lira, *enquanto exista um par de olhos chorando as lágrimas da irrisignação, enquanto mentes e corações busquem o igual acesso de todos os bens essenciais a uma vida digna, sistemas políticos podem ser extintos, estátuas derrubadas, mitos varridos, mas o socialismo democrático não perecerá*, o que está a depender do proceder de cada um de nós em relação aos outros e conosco, com solidariedade e boa-fé, de forma ética, humana e desprovida de valores menos nobres que em nada contribuem para a concretização dos objetivos maiores da nação, estabelecidos na Constituição Federal. (*In* FACHIN, Luiz Edson. **Curso de Direito Civil – Elementos críticos do Direito de Família**. Coord. Ricardo Pereira Lira, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, prefácio)

Apenas procedendo dessa forma, permitindo, enfim, a junção de razão e emoção que integram, indissociáveis, a condição humana e a subjetividade ineliminável na busca constante de um canto de esperança mesmo que haja tanta desesperança, estaremos vergando as bandeiras da solidariedade, do sonho e da luta de forma a entender a mensagem da poetisa curitibana Helena Kolody: “**Deus dá a todos uma estrela. Uns fazem da estrela um sol. Outros nem conseguem vê-la**”. ❖

O Direito Privado à Luz da Supremacia da Constituição

Fábio Anderson de Freitas Pedro

Advogado. Pós-Graduado em Direito Aeronáutico pela Universidade Estácio de Sá, Mestrando em Direito na Universidade Gama Filho (RJ). Professor do Curso de Direito da Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário da Cidade (RJ) e do Curso de Administração da Faculdade São José (RJ).

“Ontem os Códigos, hoje as Constituições.”
(Paulo Bonavides)

INTRODUÇÃO

O Direito Civil acompanhou uma série de alterações axiológicas desde o fenômeno da Codificação. Presenciou a consolidação das normas privadas que anteriormente eram estabelecidas de forma esparsa e pouco sistematizadas e, posteriormente, na cultura pós-moderna - que se aplicam ao Direito - a efetividade dos direitos sociais com a sobrevalorização do “ser” sobre o “ter”.

Foi abandonado o viés eminentemente patrimonialista e passou-se a perceber o Direito como instrumento solidarista. Isto não quer dizer que o Direito Privado tornara-se em sua essência um Direito Social, mas a distinção público-privado de antes atualmente possui contornos fluidos, em especial, como as Constituições promulgadas em diversos recantos do globo, valorizando os aspectos sociais e a própria dignidade da pessoa humana.

Com o Código Civil Brasileiro de 2002, traçaram-se novas diretrizes na busca de um arcabouço de normas baseado no culturalismo. Buscou-se inovar a técnica redacional até então adotada, mas evitando uma ruptura abrupta com o sistema jurídico então vigente, adotou-se a técnica das cláusulas gerais, sempre que possível, o que permite ao aplicador da norma ser também seu intérprete, atendendo aos postulados da Sociabilidade, Eficácia e Operabilidade. Em sintonia com a Constituição Federal, não deixa de ser um instrumento eficiente na busca por um Direito para todos.

O neoconstitucionalismo representou, segundo Luís Roberto Barroso, “mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência (...), criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral”¹

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E SOCIAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A doutrina, de forma uníssona, consagra que o berço histórico do neoconstitucionalismo foi a Europa após a 2ª Grande Guerra e seus espeques foram impreterindo seus efeitos durante todo o século XX.

Para Miguel Carbonell *“El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comiezan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre tudo a partir de los años setenta del siglo XX”*²

No Brasil, desde o início do século XX, algumas profundas mudanças sociais foram experimentadas com as várias leis abolicionistas, com o surgimento de uma classe burguesa ainda tímida face ao grande poderio ostentado pelos coronéis, vislumbrou-se o início de um movimento de Codificação no Brasil, desta vez com a influência do Código de Napoleão e do Código Civil Alemão, o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), embora a tradição oitocentista oligárquica atenuasse os ideais liberais praticados na Europa.

O Código Civil Brasileiro de 1916 teve como pontos, como marcos teóricos: a propriedade e a família patriarcal, ideais socializantes não se verificam nesse ordenamento, mas sim, uma hierarquização social que se refletia, como não poderia deixar de ser, no próprio Código Civil.

Socialmente, o Brasil foi marcado por ser um país de dimensões continentais e de grandes contradições sociais e profundas desigualdades. Com o fim da escravidão, a extensa mão de obra agora liberta, porém de baixíssima qualificação, trilhava a seguinte bifurcação: permanecia no campo trabalhando para os fazendeiros como escravos libertos ou caminhavam para os polos urbanos, em regra sem grande estrutura urbanística capaz de absorvê-los de forma digna. Diante de tal situação sujeitavam-se a empregos que não exigiam grande qualificação.

1 BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil". In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 9, Salvador, março-abril-maio de 2007, p. 2

2 CARBONELL, Miguel. *“El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”*. In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010, p.154.

Neste sentido Orlando Gomes³ explicita

Nos primeiros trinta anos da República – 1889 a 1919 – a contradição resultante do desenvolvimento desigual do capitalismo do país, que, grosso modo, pode ser expressa no contraste entre o litoral e o interior, não provocou crises profundas, porque o setor mais ponderável da camada social superior – o dos fazendeiros – utilizou, em proveito próprio, a classe média urbana, que por sua vez, adstrita ao serviço burocrático e militar, por falta de desenvolvimento industrial, a ela se submeteu docilmente, para alargar as suas possibilidades. Esses interesses coincidem, por outro lado, com os da burguesia mercantil, agindo todos em detrimento da massa rural, cujas condições de vida não permitiam, sequer tivesse consciência de sua miserável situação.

O modelo do Código Civil de 1916 é edificado sobre a valorização do individualismo e busca em movimento de Codificação alçar o Código Civil à norma máxima na esfera privatista, buscando dentro da dicotomia público-privado uma das justificativas teóricas da supremacia do Código Civil para as relações privadas.

Eugênio Facchini Neto⁴, sobre a valorização do individualismo, afirmou que

É nesse contexto que o individualismo é visto como valor a ser prestigiado, como reação ao período estamental que caracterizou a era medieval, em que o valor do indivíduo estava ligado não às suas características físicas e méritos pessoais, mas ao estamento social no qual se encontrava integrado. Assim contextualizado, entende-se a enfática defesa que A. de Tocqueville faz desse novo valor.

Os ideais liberais que nortearam o Código de Napoleão⁵ e o próprio Código Civil Brasileiro de 1916 representaram uma busca pela chamada

³ GOMES, Orlando, **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 27.

⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003, p. 18.

⁵ Referência ao Código Civil Francês que foi publicado aos 21 dias do mês de março de 1804, sob a orientação do General Napoleão Bonaparte. A sua promulgação, concretizada em 36 leis aprovadas entre 1803/4, ratificou e corrigiu a maior parte das conquistas sociais alcançadas pela sociedade civil burguesa a partir da Revolução de 1789.

segurança jurídica, considerando que a tendência nesse momento era a do primado do Privado sobre o Público. O Contrato e as Leis Civis eram considerados suficientes em si para que o sistema jurídico pudesse caminhar sem oscilações. A burguesia, consolidando as conquistas e buscando evitar retrocessos nas mudanças sociais alcançadas, dogmatizava as relações privadas em uma visão notadamente patrimonialista, reduzia de certa forma a autonomia da vontade e a própria interpretação da vontade para os cânones por ela defendidos e incorporados à legislação civil.

Os Códigos representavam o eixo central do direito privado. A Constituição Federal, embora tivesse reconhecidamente o papel de Lei mais importante do sistema normativo de um país, ficava relegada a uma função de mera representatividade de ideais e princípios, enquanto que o Código Civil representava a efetividade das normas a serem seguidas pela sociedade. Numa clara inversão simbólica, o Código Civil representava o instrumento jurídico de maior relevância para a sociedade, visto que as condutas humanas estavam, em bojo, definidas no ponto de vista privado.

Esta realidade do primado dos Códigos e Estatutos, de fato, foi alterada no Brasil com a promulgação da Carta Política de 1988 que, segundo Luís Roberto Barroso, “tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país”⁶

2 – A DESCODIFICAÇÃO E A ERA DOS ESTATUTOS

A complexidade das relações sociais representa a própria inquietação do ser humano buscando novos avanços tecnológicos e mudanças na forma de enxergar o próprio indivíduo, quer seja nas relações intersubjetivas, quer seja na própria interação do homem com o meio ambiente em que está inserido. Houve uma valorização do homem sobre o objeto, o próprio liberalismo que, em seu âmago, traz uma série de contradições na busca de um individualismo perde espaço para sentimentos mais humanistas. Embora as revoluções socialistas não tenham obtido o êxito de seus idealizadores, passou-se a observar que ideais socializantes começaram a permear as relações sociais, com uma valorização do “ser” sobre o “ter”, ou seja, uma visão do mosaico normativo, tendo em primeiro plano o indivíduo e em segundo plano a propriedade.

6 BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil". In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 9, Salvador, março-abril-maio de 2007, p.3.

Percebe-se a formação de um polissistema com a edição de um conjunto de regras ocupando espaços que o Código Civil já não conseguia preencher. Dentre essas normas, podemos de forma exemplificativa elencar, a saber: Lei do Inquilinato, Direito Imobiliário, Lei do Parcelamento do Solo Urbano, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei das Sociedades Anônimas, Lei de Falência e Recuperação Judicial, entre tantas outras.

Em um primeiro momento, esse conjunto de normas com a finalidade de dar completude ao sistema privado eram chamadas de normas extravagantes, pois eram utilizadas para regular situações não definidas no Código Civil. Serviam para dar as diretrizes a situações ou fatos sociais fora de uma “normalidade” prevista pelo legislador. Posteriormente essas normas passaram a ter o rótulo de normas especiais, quer seja nominadas como extravagantes, quer seja nominadas como especiais. De forma cristalizada demonstram que o Código Civil não tem o condão de prever todas as condutas humanas, o que em espécie de fato é impossível a qualquer ordenamento que venha edificado em um sistema sem flexibilidade. Afinal, o ser humano está em constante transformação, quer seja pelo implemento de novas tecnologias que são diuturnamente buscadas, quer seja pela relativização de condutas morais que, ao longo do tempo, sofreram sensíveis alterações.

A estrutura jurídica privada dos Estados passou de um eixo único que é o Código Civil para um conjunto de microeixos jurídicos, que são chamados de microsistemas. Sobre o tema Orlando Gomes comentou:

Essas tantas outras leis especiais distinguem-se do Código Civil e o enfrentam, constituindo microsistemas que introduzem novos princípios de disciplina das relações jurídicas a que se dirigem.

Sua proliferação ocasionou “a emergência de novas lógicas setoriais”. Caracterizam-se, com efeito, pela especialidade e pela diferenciação ou concretude. Promulgados para a regência peculiar de determinadas classes jurídicas ou para a proteção particular de uma categoria de pessoas, alguns desses diplomas legais apanham institutos dantes integrantes do Código Civil, enquanto outros atendem a novas necessidades, sem regulamentação anterior.⁷

7 GOMES, Orlando. *Raízes Históricas do Código Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.11-13.

Em razão do ativismo de nosso legislador, deve-se alertar para evitar situações em que ocorram dúvidas sobre a aplicabilidade de normas em razão de conflitos entre normas especiais e o próprio Código Civil. Nesse caso, devem-se utilizar as regras de hermenêutica já conhecidas, ou seja, a) *lex posterior derogat*, a lei mais recente revoga a anterior quando expressamente dispuser ou quando tutele um mesmo instituto jurídico; e ainda b) *lex specialis derogat generali*, a norma especial prepondera sobre a norma geral.

A passagem do monossistema para o polissistema não constitui um episódio efêmero; muito ao contrário, representa a nova lógica jurídica, pois o Código Civil possui inegavelmente um papel de destaque nas sociedades modernas que utilizam a sistemática da *Civil Law*. Sendo assim, deve gozar de uma relativa estabilidade, o que impede a aglutinação das várias normas especiais que estão continuamente em transformação, buscando acompanhar o anseio da sociedade.

3 – O MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PRIVADO

No sistema dicotômico, o espaço público representa a coletividade com suas normas de regência, sendo a preponderante a Constituição Federal. Em outro extremo observa-se o espaço privado também com suas normas de regência e a norma que predomina é o Código Civil. A partir dessa concepção, verifica-se de um lado os publicistas e de outro lado os privatistas com concepções axiológicas diversas, estruturando o ordenamento não em um sistema de eixos, mas em um sistema de paralelas.

O Estado tem assentado suas bases existenciais em um modelo social, as Constituições têm sido impregnadas de valores a reger a sociedade, como o pluralismo cultural, a ética, a destinação de uma sociedade calcada em valores de igualdade e respeito mútuo, dignidade da pessoa humana⁸ “em que a propriedade passa a ter uma função social”. Percebe-se claramente um espaço de interseção entre as questões que envolvem a sociedade e as questões que tocam aos indivíduos.

O Estado liberal no Brasil, como leciona Paulo Lobo⁹, já estava superado desde a Constituição de 1934 que já havia incorporado uma or-

8 A expressão dignidade da pessoa humana surgiu em 1945, no preâmbulo da Constituição das Nações Unidas, no contexto que hoje é adotado.

9 LÔBO, Paulo. "A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro". In **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da Legalidade Constitucional** (org. Gustavo Tepedino). São Paulo: Atlas. 2008, p. 18-19.

ganização social, que foi mais desenvolvida na Constituição de 1988. Aos poucos, os civilistas começaram a abandonar a visão de sistema em que o Código Civil constituía a norma de primeira grandeza para o direito privado e a Constituição, a norma de primeira grandeza para o Direito Público. Percebe-se então que o Direito Privado deve ser interpretado de acordo com as vertentes estabelecidas na Constituição Federal. Infere-se então que a Constituição Federal não representa uma carta política, mas o arcabouço jurídico que serve de diretriz dogmática para os todos os ramos do Direito. Nesse sentido, para Luís Roberto Barroso

*Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.*¹⁰

*El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente llevará todavía algunos años.*¹¹

*La fuerza normativa de la Constitución trae como ineludible consecuencia que no existan normas que estén al margen del control de constitucionalidad. El fecho de que “que todo sea constitucionalmente verificable no implica que todo sea inconstitucional”, sino que el control de constitucionalidad obliga a que los demás poderes, aun en el ejercicio de atribuciones propias consignadas por una Constitución, deban resguardar la razonabilidad y la proporcionalidad cuando producen las respectivas normas.*¹²

10 BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil". In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 9, Salvador, março-abril-maio de 2007, p. 2.

11 CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis". In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010, p. 153.

12 DOMINGUEZ, Andres Gil. **Escritos sobre Neoconstitucionalismo**. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 125-126.

Partindo para uma visão metafórica, poder-se-ia dizer que a Constituição Federal é o sol de nosso sistema jurídico e todos os demais diplomas legais, normas consuetudinárias gravitam em torno da Constituição Federal. Em razão disso, pode-se perceber a imperatividade das normas constitucionais sobre todas as demais existentes em um país. Para Emerson Garcia

Após um período relativamente longo de maturação, encontra-se sedimentado o entendimento de que a Constituição, em especial as normas constitucionais que reconhecem os direitos fundamentais, também projeta sua força normativa sobre as relações privadas, devendo nortear a produção e a interpretação das leis ou, em alguns casos, regular diretamente as relações. Tomando-se como referencial o direito privado, a Constituição assegura a sua subsistência, contribui para o delineamento do seu conteúdo, auxilia na fixação dos limites a serem observados na restrição de determinados direitos e, em decorrência do caráter aberto e dos valores veiculados pelas normas constitucionais, que permitem a sua contínua atualização, estimula o seu desenvolvimento e constante adequação à realidade.¹³

Com a Constitucionalização do Direito, surge uma forma de ver a sociedade solidarizante cujos ideais comuns se sobrepõem aos anseios individuais. Por oportuno, cumpre salientar que não se trata de uma desintegração do individualismo humano, mas sim, do primado do bem comum sobre a necessidade individual.

É nesse contexto que se pode perceber que, embora todos os diplomas legais contemplem o direito do indivíduo ter a propriedade, fica bem clara a noção de que esta propriedade deve atender a seus fins sociais. Tal pensamento não representa em si um antagonismo, mas no plano axiológico, tem-se uma complementaridade que denota o estágio social-democrático da sociedade em contraposição ao estágio do apogeu do liberalismo que norteara o Código Civil de 1916 entre outros dispositivos legais. Ao tratar do tema, Paulo Bonavides¹⁴ reflete que no último meio

13 GARCIA, Emerson. **Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 302-303.

14 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 10ª ed., 2000, p. 34

século, institutos eminentemente privados em razão de seus contornos passaram a ser ordenados pelo Direito Constitucional.

Paulo Lôbo ao comentar sobre o processo de Constitucionalização assevera:

O processo de constitucionalização do direito civil, assim, largamente delineado, não foi nem é aceito sem resistências. As correntes mais tradicionais dos civilistas reagiram negativamente à interlocução do direito civil com o direito constitucional, entendendo que cada qual deve permanecer em seu lugar.¹⁵

É razoável o sentimento de resistência por parte da doutrina. Em primeiro lugar, a ideia de Constitucionalização do Direito Civil representa uma ruptura epistemológica do Direito. Uma estrutura social desenvolveu-se com profundas questões sociais, econômicas e políticas, com marcos teóricos bem consolidados, como a Revolução Francesa e a própria Revolução Industrial.

Em segundo lugar, uma desqualificação em que todas as regras seriam guindadas ao plano constitucional e seu desrespeito representaria em última análise o próprio sentimento de desrespeito às normas fundamentais do Estado.

Não existe uma única concepção para neoconstitucionalismo. Em verdade existem neoconstitucionalismos cuja variável é a amplitude da perspectiva jusfilosófica empregada pelas inúmeras correntes doutrinárias que permeiam a ciência do direito. Neste sentido Suzanna Pozzolo comenta a ambiguidade e extensa difusão léxica entre os constitucionalistas

El término “neoconstitucionalismo”, aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiuspositivista, muy pronto se convirtió en un término ambiguo: su extensa y vertiginosa difusión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa reduciendo sus pontencialidades connotativas. Así, rápidamente, el término fue empleado para indicar fenómenos diferentes, si bien conctados entre ellos.¹⁶

¹⁵ LÔBO, Paulo. *Op. Cit.* p. 22-23.

¹⁶ POZZOLO, Susanna. "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución". In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010, p.165.

Norberto Bobbio¹⁷ ressalta que na medida em que as legislações envelheciam percebia-se as insuficiências do sistema, ficava patente a inexistência de um dogma da completude, que o legislador sem o dom da onisciência, não podendo prever e assim normatiza todas as condutas.

Para Renata Domingues Barbosa Balbino¹⁸, os princípios deixaram de ser apenas mecanismos supletivos para adquirir a função de fontes do direito. E é exatamente esta a maior contribuição das diretrizes teóricas do novo Código Civil, a formulação de cláusulas abertas com a clara utilização de princípios de matriz constitucional que produzirão jovialidade à norma, sempre acompanhando os valores éticos em destaque na sociedade.

Para Luís Prieto Sanchis, o Constitucionalismo pós-positivista promoveu uma verdadeira propagação epidêmica de sinceridade no trato das relações interpessoais:

El constitucionalismo postpositivista ha contribuido a la propagación de una autentica epidemia de sinceridad, ofreciendo respaldo o cobertura teórica para decir con argumentos refinados lo que casi todos sabían o intuían, a saber: que cuando se resuelven conflictos jurídicos se están ofreciendo respuestas morales y que, por tanto, es perfectamente lógico que en el razobamiento jurídico se conjugen argumentos procedentes del Derecho estricto con otros derivados de la filosofía de la justicia.¹⁹

O Código Civil deixou de ser a bússola das relações privadas voltada em si mesma, como assevera Daniel Sarmento²⁰ “O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais”. Neste sentido, os princípios designados na Constituição deixam a distante órbita de enunciados a serem materializados em normas infraconstitucionais e passam a ser um filtro a que todo o sistema jurídico deve ser submetido.

17 BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 278

18 BALBINO, Renata Domingues Barbosa. "O Princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil" *In Revista do Advogado*, Ano 22, n. 68. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. Dez. 2002, p. 111

19 SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo**. Mexico: Fontamara, 2005. p. 94.

20 SARMENTO, Daniel. "O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades". *In: Daniel Sarmento (Org.) Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009.

Este fenômeno não representa o triunfo da moral sob a norma com a desconstituição total e absoluta do positivismo jurídico, mas a interpretação da norma deves absorver toda a gama de espectro valorativo social, inclusive com uma ponderação de repercussão de ordem moral com uma valorização principiológica dos dispositivos legais.

A questão da interpretação à luz de uma necessária leitura constitucional é que defende María de los Ángeles Manassero ao retratar a proximidade axiológica entre os preceitos morais e, em vários casos, a própria questão dos direitos fundamentais.

La interpretación constitucional es, sin lugar a dudas, la actividad ue con mayor frecuencia enfrenta a los intérpretes del derecho con la determinación del significado de términos que encierran criterios valorativos o morales. Estos términos, unidos a otros perfilan, en muchos casos, los derechos fundamentales.²¹

Evidentemente que a preocupação que surge é a leitura dos excessos e a formatação de uma textura jurídica tão aberta que represente contínuas e infinitas colisões entre preceitos que em última análise serão elevados a ordem constitucional dos Direitos Fundamentais

La utilización de “conceptos morales” en el lenguaje jurídico sitúa a cualquier tribunal frente al problema “moral” de identificar qué “concepciones” son las más adecuadas para aplicar tales “conceptos morales”. El Derecho como integridad espera en este punto de los intérpretes (y de los jueces en especial) que opten por una concepción que pueda integrarse a otras interpretaciones pasadas de los mismos conceptos, de forma tal que pueda concebirse a las decisiones actuales y a las pasadas como parte de un sistema o cuerpo único de principios.²²

O Positivismo jurídico é a herança do Estado Direito, cujo modelo veio sendo fatigado até as primeiras luzes do século XX, em que, diante

21 MANASSERO, María de los Ángeles. "Términos valorativos, objetividad y teoría interpretativa del derecho en la interpretación constitucional". In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: Una aproximación interdisciplinaria**. Buenos Aires: Depalma, 2006, p. 37.

22 ZAMBRANO, María del Pilar. "El Liberalismo Político y la interpretación constitucional". In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: Una aproximación interdisciplinaria**. Buenos Aires: Depalma, 2006, p. 96.

de questões como o nazismo e fascismo, havia uma resistência ao rotular todos os atos atentatórios à dignidade da humanidade como expressão de justiça no subproduto da subsunção meramente normativista. E passamos ao Estado Constitucional em que os direitos e postulados de humanidade, solidariedade e ética recebem uma sobrevalorização em vários sistemas constitucionais, inclusive o do Brasil.

El modelo que había constituido la referencia en los últimos siglos, al menos durante la vigencia del positivismo, era el Estado de derecho legislativo, vertebrado y culminado por la ley. Sin embargo, dicho modelo está hoy agotado. Hoy estamos instalados en el Estado constitucional de derecho, cuya comprensión demanda un nuevo tipo de respuesta teórica. En este conexto surge a disputa actual entre positivismo y no-positivismo, con la variante del positivismo jurídico incluyente, o entre legalismo y constitucionalismo, denominaciones que refieren los intentos de articular un modelo de comprensión del Derecho ajustado a la fisonomía de los sistemas políticos y jurídicos contemporáneos.²³

Superioridad normativa de la Constitución. Varias tesis se derivan de esta afirmación, de las que destacará: 1) La Constitución constituye una auténtica norma jurídica, válida y aplicable, y no una mera norma programática. 2) la Constitución no es una norma cualquiera, sino la cúspide del sistema jurídico, que ostenta primacía sobre las restantes normas, cuya validez parte y desemboca en ella; 3) todo el ordenamiento jurídico ha de interpretarse de conformidad con ella. Representa, en última instancia el criterio de validez de todas las normas jurídicas (nueva teoría de la validez), y 4) todos los poderes públicos y ciudadanos están sujetos a ella. De este modo, existe una subordinación del poder legislativo a la regulación constitucional.²⁴

23 SEONANE, José Antonio. "Laconfiguración jurisprudencial de derechos fundamentales." In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: Una aproximación interdisciplinaria**. Buenos Aires: Depalma, 2006, p. 122-123.

24 SEONANE, José Antonio. "Laconfiguración jurisprudencial de derechos fundamentales." In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: Una aproximación interdisciplinaria**. Buenos Aires: Depalma, 2006, p. 125.

O Direito Privado, recebendo os influxos do neoconstitucionalismo não está imune de críticas, nem representa o total aperfeiçoamento do sistema jurídico. Uma das críticas reside na forte hierarquização do Poder Judiciário, que o coloca em posição superior a dos demais poderes, inclusive com uma latente crise de legitimidade, uma vez que no Brasil, em regra, os membros do Judiciário não representam um organismo eleito pela comunidade, mas por um funcionalismo público qualificado no tocante ao saber, mas não atrelado necessariamente à vontade popular.

*La implementación gradual del modelo neoconstitucional no ha dejado de suscitar polémicas, como el enfrentamiento entre las tesis optimista e escéptica frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia, al igual que su papel (no sólo jurídico sino también) político en la crítica a la predominante influencia del formalismo jurídico en nuestras formas de entender el derecho, en la que subyace una ideología que irradia todas las instituciones.*²⁵

CONCLUSÃO

O Direito Privado foi objeto de várias alterações, sendo forjado com pensamento jusfilosófico que foi atrelado a uma própria concepção de estrutura do Estado e de maior aproximação ou distanciamento com o liberalismo econômico ou políticas com maior apelo social, passando do Estado de Direito para o Estado Social.

A mudança metodológica com a inserção de várias cláusulas abertas e um filtro Constitucional tem o condão de assegurar sempre um ar jovial, à medida que os operadores do Direito, ou seja, advogados e magistrados têm a liberdade de buscar a interpretação que seja compatível com o senso de justo da sociedade em determinado momento da história ou mesmo observado o conjunto de valores morais de uma determinada região ou determinado grupamento social.

O Código Civil Brasileiro de 2002 passou a ser dotado de uma perenidade, que é atributo que se busca em qualquer normatização, em especial, naquela cujos efeitos refletem em todo ordenamento privado de um país.

Nesse sentido, quebram-se os grilhões que escravizavam o intérprete que agia corretamente ao simplesmente aplicar a Lei. A visão Positivista

²⁵ CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García. "Desafíos y retos del canon neoconstitucional". In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) *El canon neoconstitucional*. Madri: Trotta, 2010, p. 12.

do Direito representa a subsunção do Justo ao que foi Normatizado sem considerar as nuances de cada caso, estabelecendo um tratamento único e padronizado a todos, indistintamente de suas peculiaridades fáticas. As diretrizes adotadas pelo Código Civil harmonizam-se com os preceitos Constitucionais e constituem verdadeiro avanço no Direito Privado.

Com a Constitucionalização do Direito Civil, a aplicação dos postulados: eticidade, socialidade e operabilidade podem ser apresentados pelos operadores do Direito e decididos pelo Judiciário com o diálogo das fontes normativas e com uma hermenêutica orientada à luz da Constituição Federal.

Como ensina Guilherme Calmon²⁶

Observa-se que o trabalho a ser desenvolvido é, ainda, bastante intenso e árduo. A constitucionalização do Direito Civil é fenômeno e, simultaneamente, diretriz dos novos tempos, permitindo se alcançarem a unidade, a harmonia e a coerência no sistema. As normas jurídicas codificadas, a despeito do esmero na sua formulação na via legislativa e da sua pertinência à ordem jurídica em vigor, não deixam de se revestir de algo teórico, necessitando, assim, ser diuturnamente experimentadas e avaliadas de acordo com a verificação das suas consequências no meio social. Daí porque a atividade de interpretação não pode se restringir às normas jurídicas, devendo abranger os fatos da vida social, bem como inserir as normas no contexto do processo histórico global sob o prisma das necessidades sociais contemporâneas.

O Código Civil Brasileiro de 2002 rompe com a dogmática oriunda do pensamento oitocentista, procura humanizar as relações intersubjetivas, realçando o elemento subjetivo, atendendo a postulados de boa-fé, valorizando a ética que, por tantas vezes, foi lançada no recôndito monturo em nome da positivação e de uma suposta segurança jurídica. Com o atual corpo normativo civil, a opção do legislador foi firmada no sentido de coroar a busca pela Justiça e pelo bem-estar social.❖

26 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. "Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento" In CARVALHO, Dimas de Messias e CARVALHO, Dimas Daniel (coord.) **Direito das Sucessões. Inventário e Partilha**. Minas Gerais: Del Rey, 2007, p. 238-239.

O Requerimento de Suspensão de Eficácia de Liminar como Desdobramento do Direito Fundamental do Réu à Tutela Jurisdicional Adequada*

Leonardo Oliveira Soares

Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga(MG) FADIPA. Procurador do Estado de Minas Gerais.

*A ciência moderna repudia a falsa ideia de um processo civil do autor. (Cândido Rangel Dinamarco, **Instituições de Direito Processual Civil**).*

1 - CARÁTER DÚPLICE DO DIREITO DE AÇÃO

Diante do elevado e variado número de conflitos levados ao exame do Poder Judiciário, bem como da demora na prestação da tutela jurisdicional, é natural que as atenções¹ de quantos se interessem pelo tema estejam voltadas para a efetividade do direito de ação.

No entanto, dado o caráter dúplice² de cogitado direito, no presente artigo, examina-se o direito à tutela jurisdicional adequada na perspectiva do réu. Primeiro, contudo, pede-se licença para uma observação.

* Artigo originariamente publicado na **Revista Dialética de Direito Processual** n. 87, mai. 2010. Texto revisto. Corrigiram-se notas de rodapé.

1 Especificamente quanto ao procedimento que envolve a tutela de direitos coletivos *latu sensu*, confira-se GOMES JR., Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. "Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações". **Revista de Processo**. Vol. 176. São Paulo: Ed. RT, out. 2009.

2 A respeito do caráter dúplice do direito de ação, confira-se FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseler, 2006. P. 505.

2 - UMA OBSERVAÇÃO

No Estado democrático de direito, nem de longe a comunidade jurídica se caracteriza pela e na uniformidade de pensamento. Bem ao contrário, é a livre circulação de teses diversas, na medida certa do grau de desenvolvimento dessa comunidade. Sem mais, segue a exposição.

3 - ORIGEM ANTIDEMOCRÁTICA DO REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO

Durante o regime militar, por meio da Lei n.º 4.348/64, instituiu-se no direito pátrio o denominado requerimento de suspensão, inicialmente, aplicável às liminares proferidas no procedimento de mandado de segurança³. Hoje, o instituto⁴ se apresenta cabível para sustar efeitos de decisões liminares proferidas em ações propostas contra o Poder Público ou quem lhe faça as vezes.

Em vista do contexto político à época da criação do instituto, não falta quem sustente sua inconstitucionalidade⁵. A propósito, confirmam-se as palavras do eminente Desembargador Elpídio Donizetti⁶, membro da respeitável comissão de juristas então encarregada de redigir novo Código de Processo Civil⁷, em julgamento de suspensão de segurança pela Corte Superior do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

...Gostaria de lembrar que essa possibilidade surgiu na Lei do Mandado de Segurança nº 4.348, de 1964, mais precisamente, em 26 de junho de 64, no auge do Governo Militar sanguinário, porque não queriam que os recursos fossem para os órgãos destinatários, que são as câmaras cíveis, e resol-

3 Art. 4º da Lei n.º 4.348/64. Atualmente, art. 15 da Lei n.º 12.016/09.

4 Art. 1º, caput da lei n.º 8.437/92. Não se irá examinar a possibilidade de suspensão de efeitos de sentença com apoio no art. 4º, § 4º da lei em questão.

5 Por todos, vide NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 118 e ss. Com o mais absoluto respeito, no próximo item do texto, faz-se contraponto às judiciosas críticas ao instituto em exame formuladas pelo eminente jurista ora citado. Pela constitucionalidade do requerimento, vide MANCUSO, Rodolfo Carmargo de. **O poder público em juízo. Execução Civil. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. (Coord.) SANTOS, Ernani Fidelis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR, Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. São Paulo: Ed. RT, 2007. P. 366.

6 Na decisão, por maioria de votos, ratificou-se decisão monocrática da Presidência que suspendera decisão judicial que impunha ao Estado de Minas Gerais obrigação de transferir presos, em virtude de superlotação de estabelecimento prisional. Autos n.º 1.0000.08.472785-8/001(1), Relator: CARREIRA MACHADO, Data do Julgamento: 14/01/2009, Data da Publicação: 15/05/2009. A respeito da (suposta) inconstitucionalidade do instituto, confira-se voto proferido pelo i. Ministro Marco Aurélio nos autos da suspensão de tutela antecipada 118-6. Dje 36, divulgado em 28 de fevereiro de 2008.

7 Atualmente, Projeto de Lei n. 8046/2010, em tramitação na Câmara dos Deputados.

veram cometer essa atribuição aos presidentes de tribunais do país, ao entendimento - verdadeiro ou não, e, hoje, quero crer que não se aplica mais - de que não poderiam manietar todos os desembargadores integrantes de câmaras do país, mas poderiam, em 1964, manietar todos os presidentes de tribunais de justiça, inclusive, do Supremo Tribunal Federal, e lembrada por aquela, porque não dizer, revolta de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, em razão das investidas do Governo Militar. Então, este art. 4º da Lei 4.348 veio, para a Lei da Ação Civil Pública - também por obra e graça do Governo Militar - no art. 12, a fim de permitir aos presidentes de tribunais que suspendessem as liminares concedidas. Essa é a legalidade posta e, por questões, talvez, de conveniência de determinados setores da comunidade jurídica, ainda não se declarou a inconstitucionalidade deste artigo, porque ele afronta o princípio do colegiado, atribuindo a um órgão administrativo, a presidência de um tribunal, passando por cima das câmaras cíveis...

Para ficar com um único exemplo, não parece que a Lei n.º 4.717/65⁸ padeça de tal mácula pelo fato de haver sido elaborada em período de ruptura institucional.

Ou seja, não será o regime político⁹, sob cuja égide tenha sido produzida determinada lei, que levará necessariamente a que se conclua pela compatibilidade ou não desta com o princípio constitucional do devido processo legal.

Se a origem histórica não leva obrigatoriamente à inconstitucionalidade do instituto, nem por isso o intérprete se verá livre da obrigação de demonstrar a conformidade do requerimento com o texto da Constituição Federal hoje em vigor.

3.1 - PROCEDIMENTO ADEQUADO AO DIREITO MATERIAL/FUNDAMENTAL EXIGIDO NO PROCESSO

Além de corresponder à garantia de acesso ao Poder Judiciário, o direito de ação volta-se também contra o Poder Legislativo, ao qual

⁸ Referida lei disciplina o procedimento da ação popular, por meio de que qualquer cidadão pode pedir, dentre outras coisas, a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

⁹ A propósito da relação entre normas processuais e regime político, confira-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Reformas Processuais e Poderes do Juiz". *Revista Jurídica*, n. 306, Porto Alegre, abr. 2003.

incumbe¹⁰ a obrigação de criar procedimentos que atendam aos direitos materiais e, por óbvio, aos direitos fundamentais reivindicados no processo.

Ora, se se reconhece a pertinência de regras próprias para disciplinar conflitos envolvendo, *v.g.*, direitos coletivos¹¹, não soará estranho que algo de próprio, específico se encontre no âmbito das mesmas. Bem ao contrário, a estranheza adviria exatamente da criação de procedimento “dito especial”, regido em sua inteireza pelas normas (inclusive as que cuidam dos meios de impugnação das decisões, aí incluída a possibilidade de sustação de efeitos¹²) do modelo padrão.

E a especificidade, ocioso dizer, deverá atender a legítimas expectativas tanto do autor quanto do réu¹³. Uma coisa, entretanto, é a explanação doutrinária. Outra, sua concretização. Assim, o que acaba de ser dito não invalida judiciousa ponderação de MARINONI¹⁴, segundo a qual *supor que o legislador sempre atende às tutelas prometidas pelo direito material e às necessidades sociais se constitui em ingenuidade inescusável*. Diz isso porque, salvo melhor juízo, constituirá *ingenuidade inescusável* ainda maior vislumbrar o processo, em perspectiva unilateral, como instrumento predisposto pelo legislador a dar razão ao autor que, indiscutivelmente, sempre a tem.

Em suma, o particular poderá ou não¹⁵ compatibilizar-se com a Constituição. Em si mesma considerada, a particularidade andar, porém, de mãos dadas com o conceito de ação ora exposto.

10 ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 60-61.

11 Expressão, aqui, a abranger os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

12 Por exemplo, art. 12 da Lei n.º 7.347/85, que cuida do procedimento especial da ação civil pública. É certo que o requerimento de suspensão não se aplica apenas no âmbito de referido procedimento. Realmente, já que é a natureza dos direitos em discussão que justifica, em última análise, sua previsão legal.

13 No prefácio de suas valiosas **Instituições de Direito Processual Civil**, 6 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. I, Cândido Rangel Dinamarco confessa que o direito processual fora estudado longo tempo, inclusive por ele, a partir da ótica do autor, sem a “*corresponde precupação pelos direitos do demandado*”. Mais adiante, aponta dispositivos legais que conferem, a seu juízo, privilégios inconstitucionais à Fazenda Pública, a saber: 1) prazos privilegiados 2) ciência dos atos judiciais mediante vista dos autos (art. 236 § 2º) e não mediante publicação na imprensa, 3) honorários de sucumbência arbitrados em níveis inferiores 4) duplo grau de jurisdição obrigatório e 5) possibilidade de sustação de efeitos da sentença em ação rescisória, apenas por parte da Fazenda Pública. *Ob. cit.*, p. 216-220. Ou seja, nem mesmo o autorizado crítico das prerrogativas legais da Fazenda Pública arrola, entre as supostamente inconstitucionais, a autorização legal para requerer-se ao Presidente do Tribunal a suspensão de decisões em análise no presente texto. Quanto ao prazo diferenciado, vide posição oposta *in* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O benefício da dilatação do prazo para a Fazenda Pública”. **Revista Forense**. V. 247. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

14 MARINONI, Luiz Guilherme. “Ideias para um renovado direito processual”. **Bases Científicas para um Renovado Direito Processual Civil**. CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. (ORGs). 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. P. 132.

15 Nessa hipótese, o princípio constitucional do devido processo legal prevalecerá sobre a especialidade.

Notadamente quanto ao requerimento de suspensão¹⁶, poder-se-ia dizer que a pessoa jurídica de direito público, na condição de ré, *v.g.* no bojo de ação civil pública, haveria de valer-se ou de agravo, ou de apelação, conforme a natureza da decisão proferida. Ditos recursos¹⁷, sabe-se, permanecem à disposição, seja do autor, seja do réu para questionar o pronunciamento que lhes tenha sido desfavorável.

De início, a singularidade então reside em que apenas uma das partes pode utilizar-se do instituto. Ora, se a providência jurisdicional reclamada pelo autor for indeferida, não haverá o que suspender (decisão negativa), pelo que a previsão legal a respeito mostrar-se-ia inócua.

Se por esse prisma não se chega à inconstitucionalidade, poder-se-ia afirmar que a competência outorgada ao Presidente do Tribunal configuraria violação ao devido processo legal, já que o reexame¹⁸ da decisão haveria de fazer-se pelo órgão colegiado. Dada a tendência do direito pátrio (benéfica ou não) em privilegiar os julgamentos monocráticos¹⁹ no âmbito dos Tribunais, o princípio da colegialidade, como de resto todo e qualquer princípio, comporta temperamentos. Além disso, o princípio constitucional do juízo competente impõe apenas que a lei, elaborada segundo o devido processo legislativo, estabeleça a que órgão jurisdicional²⁰ deverá ser dirigido o questionamento da parte, quer se trate de recurso, quer se trate de outra medida hábil a afastar o prejuízo oriundo do cumprimento imediato da decisão. Haja vista a convivência de recurso (agravo de instrumento) da decisão, cujo julgamento competirá ao órgão

16 Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, o requerimento se constitui em incidente do processo, mais precisamente em exceção em sentido estrito. In: "Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal". Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/>. Consulta realizada em 25 de junho de 2009. Em recente obra, colhe-se a seguinte passagem "Bem examinado o tema, é correto dizer que o pedido de suspensão é um incidente que visa a tutelar interesse difuso". DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2009. V. 3, p. 496.

17 A respeito da distinção entre o objeto do agravo e o do requerimento de suspensão de liminar, confira-se artigo de autoria do eminente Ministro Luiz Fux intitulado O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público. In: **Processo e Constituição Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. (Coords) FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. Revista dos Tribunais, 2006, p. 834, item 6 e p. 835, item 9.

18 Por meio do requerimento de suspensão não se busca a reforma ou a invalidação da decisão, mas apenas tolher provisoriamente sua eficácia.

19 Ver art. 557 *caput* e § 1º-A do C.P.C.

20 Sobre a natureza jurisdicional da decisão proferida no incidente, ver DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Ob. cit.*, p. 495. Do mesmo modo, ARAÚJO, José Henrique Mouta. "Suspensões de decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos: Um tema com variação interpretativa". **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 58. São Paulo: Dialética, jan. 2008, p. 15.

colegiado²¹, e do requerimento de suspensão ora versado, um e outro, insista-se, disciplinados em lei, mostra-se atendido o princípio do juízo competente. De mais a mais, da decisão monocrática da Presidência do respectivo Tribunal caberá recurso (agravo) a órgão colegiado do Tribunal. Decisão, saliente-se, jurisdicional, pois, caso contrário, poder-se-ia questionar mesmo a previsão de sua recorribilidade.

Resta, por fim, examinar o emprego, por parte do legislador, de expressões de sentido indeterminado (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública).

Para não ir muito longe, o texto constitucional contempla no art. 102, § 3º requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, intitulado repercussão geral²². Admitida a constitucionalidade material da norma (constitucional), outro tanto poderá ser dito quanto ao conteúdo da legislação infraconstitucional em análise.

No caso específico, não se nega que o texto legal confira ampla margem decisória na apreciação do requerimento (o que, registre-se, nem sempre beneficiará²³ o réu). Incidirá, contudo, em raciocínio contrário à Constituição, precisamente à promessa constitucional de tutela jurisdicional adequada, quem afirme que a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas não devam receber tratamento processual diferenciado.

Em suma, a previsão legal de suspensão de efeitos de liminar ora versada não viola o devido processo legal constitucionalmente assegurado.

Desde que, entretanto, seja observado o procedimento que se passa a expor.

3.2 - DEVIDO PROCESSO LEGAL/NECESSÁRIA OITIVA PRÉVIA DA PARTE AUTORA NO PROCESSO

Em obediência ao princípio constitucional do contraditório, sustenta-se que a parte autora deve ser ouvida antes da decisão do requerimento de suspensão. Não bastasse, para que haja o deferimento de liminar em ação coletiva, impõe a lei prévia oitiva do representante da Fazenda Pública. Se para o exame da providência jurisdicional pleiteada

21 A decisão monocrática porventura proferida pelo Relator desafiará agravo, que será julgado pelo órgão colegiado (art. 557, § 1º do C.P.C.).

22 Dispositivo regulamentado pela Lei federal n.º 11.418/06 e Emenda n.º 21 ao Regimento Interno do STF, datada de 03 de março de 2007.

23 Basta pensar no chamado dano inverso, ou seja, nas situações em que o acolhimento do pedido formulado no requerimento de suspensão acarrete à coletividade dano maior do que aquele que se pretendeu afastar pela via do requerimento.

exige-se a oitiva da parte ré, natural que se ouça a parte autora, antes de apreciar-se o requerimento de suspensão dos efeitos da decisão proferida. A exigência, claro fique, não impede que haja deferimento de decisão *inaudita altera parte*, segundo as peculiaridades do caso concreto²⁴. Demonstradas, portanto, a constitucionalidade²⁵ do instituto e a sua tramitação segundo os ditames do devido processo legal.

4 - USO INDISCRIMINADO DO REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO

A análise teórica que se acaba de empreender não afasta, contudo, objeção de ordem prática que se pode apresentar ao requerimento em tela: qual seja, o risco de sua utilização indiscriminada pelo Poder Público. Pois bem. Sustentar a constitucionalidade do instituto não corresponde, em absoluto, a defender sua banalização.

Vale lembrar a sempre judiciosa e contundente lição de Calmon de Passos²⁶ a respeito das críticas então dirigidas ao procedimento ordinário:

As distorções que ocorrem na prática não podem ser debitadas à disciplina do procedimento ordinário. Não é ele quem prepara mal os profissionais nas Faculdades de Direito, que os disciplina para inglês ver no exercício de suas profissões, que escancara as cancelas da Ordem, das Procuradorias e dos cargos de magistrado a todos os candidatos ao Jardim de Infância do Direito. Não é no Decálogo que está o pecado dos homens...

Ou seja, assim como no procedimento ordinário, não será o uso que se faça do denominado requerimento de suspensão que levará a concluir pela sua incompatibilidade com o devido processo legal.

Sob outra perspectiva, somente o acolhimento, por parte do Poder

24 Raciocínio válido também para o deferimento de liminar quando da propositura de ação civil pública.

25 Sem prejuízo de exame mais detido sobre a compatibilidade constitucional da previsão de requerimento de suspensão ao Tribunal Superior, após julgamento de agravo da decisão proferida no primeiro requerimento. O mesmo se diga quanto à eficácia, automática ou não, da decisão suspensiva (até o trânsito em julgado da decisão do processo em curso). Após afirmar que a suspensão ora versada é "*constitucionalmente esdrúxula*", eminente jurista sustenta que o desenrolar do requerimento de suspensão, sob o crivo do contraditório, poderia afastar a pecha de inconstitucionalidade. Com o mais absoluto respeito, todo procedimento jurisdicional que possa interferir na esfera jurídica dos interessados na decisão, desde que compatível com o texto constitucional, rege-se, deve reger-se pela garantia constitucional do contraditório. Ou seja, o respeito ao contraditório, não transmuda, por si só, o "*procedimento esdrúxulo*" em constitucional. FERRAZ, Sérgio. "Mandado de Segurança: suspensão da liminar". In **Processo e Constituição. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. (Coords) FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. Revista dos Tribunais, 2006, p. 65 e ss.

26 **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V. III, p. 17.

Judiciário, das teses desenvolvidas nos requerimentos ensejará, estimulará, justificará, do ponto de vista prático, sua utilização.

Nesse enfoque, não parece desarrazoado sustentar que o êxito pode ser usado como argumento exatamente para afastar o abuso (suposto) em destaque.

5 - AINDA SOBRE O (SUPOSTO) USO INDISCRIMINADO (VIA DE MÃO DUPLA)

Nenhum tema relacionado a processo comporta exame unilateral. Ou seja, o caráter dúplice do direito de ação, enfatizado no início do texto, irradia consequências na análise dos demais institutos processuais.

Pois bem. O acesso incondicionado à jurisdição se constitui em garantia constitucional (art. 5º, XXXV). Garantia síntese, na expressiva definição de Cândido Rangel Dinamarco.²⁷

Não representa novidade alguma afirmar que as ações nas quais se pleiteiam direitos que interessam direta ou indiretamente à coletividade como um todo, tais como as que envolvem o direito à vida, representam percentual cada vez maior do rol de casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

As doutrinas do chamado dano inverso, do efeito multiplicador e, sobretudo, da reserva do possível reforçam o que se acaba de dizer. Pense-se, por exemplo, nas ações propostas para exigir fornecimento (individual ou coletivo) de medicamento. Haverá abuso no exercício do direito de ação caso o ajuizamento esteja voltado para recebimento de medicamento cuja eficácia não tenha ainda sido reconhecida pelos órgãos oficiais competentes, muitas vezes de alto custo, sem que antes tenham sido testadas as alternativas de tratamento disponíveis na rede pública? Ou na exigência jurisdicional de medicamento disponível na rede pública sem que tenha havido prévia solicitação na via administrativa? A resposta a tais questionamentos será dada a partir de recentes decisões jurisdicionais do egrégio Tribunal de justiça de Minas Gerais. Eis a primeira ementa:

TRATAMENTO MÉDICO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AUSÊNCIA DA PROVA INEQUÍVOCA - ATESTADO FIRMADO POR UM ÚNICO MÉDICO - IMPOSSIBILIDADE DE SUA ACEITAÇÃO SE

²⁷ Nova Era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 12.

CONTRAPOSTO A FUNDADAS RAZÕES FORNECIDAS POR SERVIÇO MÉDICO OFICIAL. Não se pode aceitar que atestado/ relatório de um só médico - com motivação insuficiente e/ou inadequada e sem comprovação em exames cientificamente aceitáveis - possa ser contraposto às razões da Administração para efeito de autorização de tratamento não indicado pela ANVISA em detrimento daqueles disponibilizados pelo SUS. Em recentíssima decisão (setembro/2009) o Colendo STF examinou a questão da saúde, já com fundamento nos subsídios retirados da audiência pública, tendo o Ministro Gilmar Mendes salientado que “obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, “de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada”. Dessa forma, ele considerou que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, “sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”. (ver STF - Suspensões de Tutela Antecipada (STAs) 175 e 178 formuladas, respectivamente, pela União e pelo município de Fortaleza; ver ainda STA 244, do Estado do Paraná - Relator Ministro Gilmar Mendes). Número do processo: 1.0707.09.189781-9/001(1) Numeração Única: 1897819-48.2009.8.13.0707, Relator: WANDER MAROTTA, Data do Julgamento: 15/12/2009, Data da Publicação: 29/01/2010.

Pede-se licença para transcrever parte do voto do relator, que bem espelha a complexidade²⁸ da matéria, tanto que passível de ser examinada, considerado o caso concreto, em requerimento de suspensão, tal como constou da ementa supracitada:

Não se questiona a obrigação do Estado em assegurar assistência à saúde do cidadão, mas tal garantia não implica a prevalência da vontade deste em relação às possibilidades e limitações próprias à Administração. Não há direito absoluto

28 ARAÚJO, José Henrique Mouta. "Suspensões de decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos: Um tema com variação interpretativa". *Revista Dialética de Direito Processual*. N. 58. São Paulo: Dialética. jan. 2008, p. 17 e ss.

e, em razão da supremacia do interesse coletivo, bem como dos princípios previstos no art. 37 da CF, conclui-se que, ao administrador, cabe gerir com probidade os recursos públicos, motivo pelo qual, diante da necessidade de patrocinar um tratamento, deverá fazê-lo ao menor custo possível.

Dito isto, a concessão de um tratamento pela via do Judiciário - e que sequer foi aprovado pela ANVISA - só se justificaria se cabalmente demonstrada a indispensabilidade do tratamento indicado pelo SUS, o que não é o caso, pois o Estado informa haver alternativas terapêuticas ao tratamento experimental prescrito pelo médico.

O tema ora versado adquire mesmo conotação de ordem política, conforme se infere das palavras do eminente Presidente do colendo Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, com as quais dera início à audiência pública referida na ementa ora citada e que resultou no entendimento já prestigiado pelo egrégio TJMG. Naquela oportunidade, afirmou-se que:

O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema²⁹.

Feita essa breve digressão, veja-se, quanto à segunda indagação, o posicionamento do eminente constitucionalista Desembargador Kildare Carvalho Gonçalves:

²⁹ [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia Pública MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf). Consulta efetuada em 12 de fevereiro de 2010.

MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - REGULAR DISPONIBILIZAÇÃO - INTERESSE DE AGIR - AUSÊNCIA. Deve ser denegada a segurança relativamente aos medicamentos buscados por meio do mandado de segurança que, entretanto, são regularmente disponibilizados e fornecidos pelo Estado. Acolhida a preliminar, denega-se a segurança. Número do processo: 1.0000.09.493322-3/000(1) Numeração Única: 4933223-96.2009.8.13.0000, Relator: KILDARE CARVALHO, Data do Julgamento: 07/10/2009, Data da Publicação: 20/11/2009³⁰.

Do teor das decisões - improcedência do pedido (primeiro caso), extinção do processo sem resolução de mérito (segundo caso) - depreende-se que tais demandas nem de longe configuram abuso de direito de ação. Sustentar o contrário equivaleria a conferir interpretação restritiva à garantia fundamental de acesso à jurisdição.

Não se pretende aqui analisar o acerto das decisões.

Apenas se registra que o direito incondicionado de movimentar a jurisdição existe, quer tenha razão, quer não, o autor.

Daí a relevância da especialidade procedimental defendida no texto, sob a ótica do caráter dúplice do direito de ação.

Dessa maneira, do mesmo modo que não será por meio de ilegítima restrição ao exercício do direito de ação que se irá resolver a abusiva (suposta) propositura de ações, não será também por intermédio de ilegítima restrição ao direito de ampla defesa que se irá combater a supostamente indiscriminada utilização do requerimento de suspensão de liminar.

5 - CONCLUSÕES

A origem histórica do instituto não o condena irremediavelmente à vala da inconstitucionalidade.

Desde que se admita que a especialidade procedimental visa a atender à promessa constitucional de acesso à jurisdição, conviver-se-á com formas diferenciadas de procedimento.

Como desdobramento natural da especialidade, despontarão meios diversos daqueles considerados padrões, inclusive para impugnar efeitos de decisões jurisdicionais.

³⁰ Decisão proferida por maioria.

O requerimento de suspensão de liminar é compatível com o Texto Constitucional vigente, desde que possibilitada a participação em contraditório das partes do processo.

A destinação prática dada a qualquer instituto jurídico não pode ser o único nem o principal parâmetro para que se avalie sua compatibilidade com o sistema jurídico em que inserto.

Não será por meio de restritiva interpretação ao exercício de garantias constitucionais que se dará concretude ao princípio constitucional do devido processo legal.

No Estado democrático de direito, o réu, não menos que o autor, faz jus à tutela jurisdicional adequada.❖

Principais Inovações quanto aos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais no Projeto do Novo CPC*

Flávia Pereira Hill

Tabeliã. Mestre e Doutoranda em Direito Processual pela UERJ. Professora da EMERJ.

1. INTRODUÇÃO. PRINCÍPIOS NORTEADORES NO NOVO SISTEMA RECURSAL

O Projeto do novo Código de Processo Civil dedica o Livro IV inteiramente à regulação “Do processo nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”. A matéria, no Código de Processo Civil de 1973, atualmente em vigor, é regulada no Livro I, atinente ao Processo de Conhecimento, tendo para si reservados os Títulos IX (Do Processo nos Tribunais) e X (Dos Recursos). A opção da Comissão do Projeto do novo CPC por organizar a nova codificação em cinco Livros¹ fez com que a disciplina recursal ganhasse um Livro próprio, destacando-se, sob o ponto de vista topológico, do Processo de Conhecimento.

O Comissão de juristas adotou, claramente, como fio condutor do Projeto do novo CPC, os princípios da celeridade, da economia processual e da busca por um menor formalismo², tendo este último como limite o

* Artigo elaborado a partir de Palestra ministrada pela autora no Seminário intitulado “Principais Inovações do Novo CPC – PL 8.046/10”, realizado no dia 29/07/2011 na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – FEMPERJ e organizado pelo Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

1 Os cinco Livros do Projeto de novo CPC dividem-se em: Livro I – Parte Geral; Livro II – Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença; Livro III – Do Processo de Execução; Livro IV - Do Processo nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias

2 A Exposição de Motivos do Projeto declara, especificamente, o seu propósito de simplificar o sistema recursal brasileiro, *in verbis*: “Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica. Isso ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei revogada. Se o sistema recursal, que havia no Código revogado em sua versão originária, era consideravelmente mais simples que o anterior, depois das sucessivas reformas pontuais que ocorreram, se tornou,

respeito às garantias fundamentais do processo. E, inclusive, em prol das necessárias coerência e unidade da codificação, verificamos que, de fato, também a nova sistemática recursal rende homenagens a tais princípios a cada inovação adotada, conforme veremos ao longo deste trabalho.

Ao declaradamente pautar os seus trabalhos nos princípios acima indicados, verifica-se que a Comissão — apesar de, com isso, não se eximir de críticas, mas, ao contrário, atrair para si questionamentos em torno do grau técnico e até mesmo da própria necessidade da elaboração de uma nova codificação³ — optou por imprimir alterações com caráter pragmático, ou seja, procurou implementar alterações que, a seu sentir, teriam o potencial para tornar o processo menos burocrático e formalista e, com isso, simplificá-lo para lhe imprimir um ritmo mais célere.

Não causa, pois, estranheza aos profissionais do direito que a Comissão tenha empreendido diversas alterações à luz dos princípios antes mencionados, particularmente no Livro dedicado ao processo nos tribunais e aos meios de impugnação das decisões judiciais, tema que ora nos interessa. Estamos há muito habituados às mais veementes críticas da sociedade, especialmente ao sistema recursal brasileiro, tachado de extremamente complexo e fomentador do prolongamento desmesurado do processo.

Diante disso, compreende-se que o Projeto, imbuído do propósito de oferecer à sociedade um processo menos formal e mais célere, tenha se ocupado, com especial apuro, de simplificar a sistemática recursal e adotar medidas tendentes, ao menos em tese, a reduzir o impacto dos recursos na duração do processo. O objetivo de simplificar a sistemática recursal mostra-se, portanto, um desafio emblemático para os trabalhos da Comissão, representando, com especial clareza, o propósito central de deformalização e celeridade do processo. Sob tal ponto de vista, a análise das inovações à sistemática recursal descortina, de forma particularmente ilustrativa, todos os valores que norteiam o Projeto como um todo. Daí acreditarmos na relevância de se analisar o Livro IV para bem compreendermos, de um modo mais abrangente, os lineamentos gerais do Projeto.

inegavelmente, muito mais complexo. (...)O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.” (Grifos no original).

3 Diversos juristas, dentre os quais o eminente processualista José Carlos Barbosa Moreira, apontam, há décadas, para a carência de levantamentos estatísticos a respeito das causas das mazelas que se buscam debelar com as reformas processuais. Argumenta-se, não sem razão, que a ausência de identificação precisa das causas acaba por tornar as alterações em “tiros no escuro”, sendo que, muitas vezes, a aplicação prática da nova lei termina por demonstrar a sua inaptidão para contornar os problemas, eis que estes se mantêm.

Verifica-se, ainda, emergir um outro princípio que norteou particularmente a elaboração do Livro IV, ora objeto de nosso estudo. Trata-se do prestígio à uniformização e à estabilidade da jurisprudência⁴. Identificado até um passado recente como expediente típico e (quase que) exclusivo do sistema de *common law*, o Projeto do novo CPC vem agasalhá-lo, como forma de evitar decisões conflitantes que comprometeriam a segurança jurídica⁵ e a isonomia, na medida em que busca reduzir a probabilidade de que jurisdicionados que estejam em idêntica situação venham a receber soluções judiciais díspares.

A especial importância dada à uniformização e à estabilidade da jurisprudência é revelada logo ao início do Livro IV, o qual é aberto com o artigo 882, encorajando a edição de súmulas da jurisprudência dominante pelos tribunais brasileiros, bem como a aplicação, pelos órgãos jurisdicionais inferiores, das orientações jurisprudenciais dos órgãos jurisdicionais superiores.

A redação dispensada ao inciso I do artigo 882 do Projeto já vem recebendo críticas, segundo as quais o Projeto poderia ter avançado de forma mais significativa quanto à valorização da jurisprudência, ao argumento de que a inserção da expressão “sempre que possível” denotaria não a obrigatoriedade, mas uma mera exortação a que os tribunais editem súmulas da jurisprudência dominante. Desde o início, vimos entendendo que, de fato, o artigo 882 representaria, acima de tudo, uma exortação, conclamando todos os magistrados brasileiros a adotar amplamente novos parâmetros, pautados pela aplicação da jurisprudência dominante do tribunal a que pertencem, bem como dos tribunais superiores.

No entanto, não consideramos de pouca monta a inovação contida no artigo 882. A abertura do Livro IV com o estabelecimento de novos critérios a serem adotados pelos julgadores demonstra, a nosso

4 Marinoni e Mitidiero entendem que o Projeto, ao preferir trabalhar “com o plano da jurisprudência” em vez de “explicitar a necessidade de respeito aos precedentes em nossa ordem jurídica”, deu um passo adiante, embora pudesse ter avançado ainda mais. É o que se depreende a partir do seguinte trecho de sua obra, *in verbis*: “É claro que ainda assim dá um passo – o objetivo de promover o império do Direito entre nós, contudo, está bem mais além da passada e, certamente, em caminho algo diverso. É imperiosa a necessidade de reconhecimento da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões judiciais. É, enfim, imprescindível trabalhar no plano do precedente. Precedente, decisão judicial, jurisprudência e súmula não são termos sinônimos.” MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do novo CPC – Crítica e Propostas**. São Paulo: RT. 2010. P. 164. (Itálicos do original).

5 A Exposição de Motivos destaca a importância dada ao tema pela Comissão, nos seguintes termos, *in verbis*: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.” (Grifos do original).

ver, a importância dada à uniformização da jurisprudência pelo Projeto. Acreditamos que a localização desse dispositivo legal, logo ao início do Livro IV, mostra-se simbólica e aponta para os novos rumos que o Projeto pretende dar ao processo.

Acreditamos que inaugurar o Livro IV com a previsão de que os magistrados deverão julgar em observância à jurisprudência dominante abre um novo panorama para o processo e marca uma clara opção por parte do legislador brasileiro no sentido de aproximar o sistema processual brasileiro do modelo de precedentes adotado pelos países de *common law*. Com efeito, já dávamos sinais de uma maior aproximação com o sistema de *common law* ao regulamentarmos a súmula vinculante (Lei Federal nº 11.417/06), a repercussão geral (Lei Federal nº 11.418/06), os recursos repetitivos (Lei Federal nº 11.672/08), dentre outras medidas; no entanto, creditamos ao Projeto a expressa tomada de posição, logo ao início do Livro IV, pela estruturação dos julgamentos voltada abertamente à valorização da jurisprudência dominante. Trata-se, a nosso juízo, de uma inovação com caráter mais amplo do que inicialmente poderíamos entender, colocando, em verdade, o princípio da uniformização e da estabilidade da jurisprudência como um dos novos pilares do nosso sistema processual. E a abrangência dada ao tema revela-se inequivocamente inovadora.

Confirmando o propósito do Projeto de valorizar a uniformização e a estabilidade da jurisprudência, podemos apontar, ainda, a ampliação das hipóteses de cabimento dos embargos de divergência perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 997 e ss) e a criação do chamado “Incidente de resolução de demandas repetitivas”⁶ (art. 930 e ss).

Feitas tais considerações gerais, passemos à análise das principais inovações trazidas pelo Projeto quanto ao tema que propomos abordar.

2. SUCUMBÊNCIA RECURSAL

Embora não esteja situada no Livro IV, a primeira alteração merecedora de destaque no tocante à sistemática recursal consiste na instituição, no procedimento comum, da chamada “sucumbência recursal”, prevista no §7º do art. 87 do Projeto. Segundo o Projeto, o tribunal poderá, de ofício, condenar a parte que sucumbir em grau recursal ao pagamento de verba honorária específica, que não poderá totalizar mais de 25% para toda a fase de conhecimento.

⁶ Marinoni e Mitiero esclarecem que “os embargos de divergência têm por função uniformizar internamente a jurisprudência das cortes superiores.” *Op. cit.* P. 190.

Com isso, almeja-se desencorajar a interposição de recursos infundados pelas partes e, a partir da redução do número de recursos interpostos, busca-se imprimir maior celeridade ao processo, antecipando o trânsito em julgado da sentença e, assim, a solução final da causa.

Constata-se, portanto, que a instituição dessa inovação alinha-se ao propósito inicial da Comissão de perquirir uma maior celeridade processual.

Acreditamos que somente a experiência prática poderá confirmar o sucesso da iniciativa aqui adotada, dependendo, inclusive, da postura adotada pelos tribunais, uma vez que a reiterada instituição de sucumbência recursal diminuta ou ínfima acabaria por tornar a inovação letra morta.

Todavia, reputamos salutar a ideia de criar um mecanismo que incentive a recorribilidade responsável e comprometida. Se, por um lado, nós, brasileiros, somos considerados excessivamente beligerantes, malversando a utilização dos recursos, a inovação trazida pelo Projeto tem o mérito de procurar, de alguma forma, mitigar essa postura a serviço de um processo que ostente uma duração razoável, isto é, sem delongas desnecessárias, dentre as quais, por certo, a interposição de recursos sabidamente infundados.

E, a se tomar por justas as críticas comumente dirigidas à sistemática recursal vigente, justifica-se o desdobramento dos ônus sucumbenciais especificamente quanto ao grau recursal. Considerando-se que a interposição do recurso ocasiona o desdobramento da relação processual, adiando o desfecho do processo, mostra-se razoável conceber a instituição de verba sucumbencial específica para a fase recursal. Trata-se de medida adotada pelo Projeto que se afigura condizente com a percepção da Comissão de que a interposição de recursos desprovidos (ou quase) de chances de êxito seria um fator relevante para o prolongamento desnecessário do processo.

3. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA ALTERAÇÃO DE PRECEDENTE

Conforme destacamos no início do presente trabalho, o Projeto, no artigo 882, estabeleceu o prestígio à jurisprudência dominante, o que deverá ser observado por todos os magistrados brasileiros.

No entanto, ao lidar com o sistema de precedentes, teve o Projeto de lidar também com a possibilidade de alteração dos precedentes pelos tribunais, o que acarreta uma mudança nos parâmetros utilizados pelos magistrados ao solucionar diversas causas em curso que versem sobre a mesma questão jurídica.

Os precedentes, em *common law*, são, em regra, retroativos, ou seja, o novo entendimento firmado se estende aos processos em curso. No entanto, forçoso reconhecer que, por vezes, a aplicação imediata do novo entendimento poderá representar vulneração da segurança jurídica e do seu consectário de previsibilidade.

Por essa razão, visando a prestigiar a segurança jurídica, previu o Projeto, no artigo 882, inciso V, a chamada modulação dos efeitos da alteração do precedente, permitindo que o tribunal, ao modificar o entendimento, ressalve a sua aplicação somente aos processos futuros, resguardando, assim, os processos em curso, que serão julgados em consonância com o entendimento sedimentado à época de sua instauração.

Isso porque os cidadãos, especialmente em uma sociedade que adote o sistema de precedentes, soem pautar suas condutas segundo a jurisprudência dominante e, por conseguinte, a aplicação de um novo entendimento, adotado já no curso da ação, surpreenderá as partes, fazendo emergir, quando menos, um sentimento de injustiça e insegurança, nefasto para a legitimidade do processo.

4. CONSOLIDAÇÃO DOS PODERES DO RELATOR: ART. 888

Afinando-se com o ideal de otimizar o processo e imprimir-lhe maior celeridade, o Projeto consolida, no art. 888, os poderes do relator para julgar monocraticamente, autorizando seja dado ou negado provimento monocraticamente a recurso, em prestígio ao entendimento preconizado pelos tribunais superiores ou pelo tribunal local no julgamento de casos repetitivos, ou em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência⁷⁻⁸⁻⁹.

Constata-se, ainda, que, com tal medida, o Projeto busca, uma vez mais, prestigiar a uniformização de jurisprudência, um de seus princípios balizadores. O Projeto não contempla o incidente de uniformização de jurisprudência (atuais arts. 476 e 479), mas traz o incidente de resolução de demandas repetitivas e a assunção de competência.

7 Athos Gusmão Carneiro assim se posiciona a respeito do instituto da assunção de competência no Projeto, *in verbis*: “Assim como está redigido, nota-se, portanto, uma equivalência com o ‘incidente de resolução de demandas repetitivas.’” O autor defende seja restituído ao instituto a “eficácia meramente ‘persuasiva’, e não com eficácia vinculativa.” CARNEIRO, Athos Gusmão. “O novo Código de Processo Civil – Breve Análise do Projeto Revisado no Senado”, *In Repro Ano 36*. Número 194. Abril 2011. São Paulo: RT. P. 165.

8 Marinoni e Mitidiero elogiam a assunção de competência tal qual prevista no Projeto, nos seguintes termos: “Se comparado com o incidente de uniformização de jurisprudência, o expediente proposto pelo Projeto tem a vantagem de ser vinculante para ‘todos os órgãos fracionários’ do tribunal (art. 865, §2º). Atende com maior fidelidade, portanto, aos imperativos de segurança e igualdade que derivam da ideia de Estado Constitucional.” *Op. cit.* P. 176.

9 A assunção de competência encontra-se prevista no CPC/73 no artigo 555, §1º.

5. INCLUSÃO DE TODOS OS RECURSOS EM PAUTA

O artigo 890 do Projeto dispõe que todos os recursos previstos no Livro IV serão incluídos em pauta — ressalvados apenas os embargos de declaração, que serão colocados em mesa, por força do artigo 978 —, a ser publicada no Diário Oficial, a fim de dar publicidade à data do julgamento e, com isso, permitir que as partes e seus advogados possam adotar as providências que reputarem cabíveis ou, quando menos, possam estar presentes ao julgamento¹⁰, o que merece os nossos elogios.

No entanto, entendemos que o mencionado dispositivo pode acabar por se tornar inócuo, tendo em vista a franca expansão dos julgamentos eletrônicos (plenários eletrônicos), que promovem julgamentos em ambientes digitais fechados, acessíveis somente aos magistrados, sem que deles participem as partes e seus advogados, o que vem ensejando pertinentes críticas, em razão, justamente, da vulneração ao princípio da publicidade, princípio este que se buscou prestigiar na citada norma do Projeto. Vejamos como essa contradição será equacionada, caso o Projeto entre em vigor.

6. UNIFICAÇÃO DO PRAZO RECURSAL

O Projeto unificou o prazo recursal em quinze dias, ressalvando-se apenas os embargos de declaração, cujo prazo se mantém em cinco dias (art. 948, §1º). Com isso, tem-se que os recursos de agravo de instrumento, agravo interno e o agora denominado agravo de admissão — leia-se agravo interposto contra decisão de inadmissão dos recursos excepcionais, art. 996 — são ampliados.

Mais uma vez, acreditamos que andou bem o Projeto ao unificar os prazos recursais, pois possui o mérito de simplificar a sistemática recursal, evitando, inclusive, equívocos por parte dos advogados, especialmente os menos experientes. Ademais, os cinco dias de aumento do prazo para a interposição de alguns recursos, como é o caso dos recursos de agravo, de um lado, não pode ser considerado um lapso extenso, a ponto de implicar o prolongamento significativo do processo, sendo certo que, de outra

10 Em prol da publicidade da data de julgamento dos recursos, manifestou-se expressamente a Comissão do Anteprojeto na Exposição de Motivos, descortinando sua especial atenção quanto a essa questão, *in verbis*: “Prestigiando o princípio constitucional da publicidade das decisões, previu-se a regra inafastável de que à data de julgamento de todo recurso deve-se dar publicidade (= todos os recursos devem constar em pauta), para que as partes tenham oportunidade de tomar providências que entendam necessárias ou, pura e simplesmente, possam assistir ao julgamento.” (Grifo no original).

parte, mostra-se valioso e suficiente para permitir que as partes elaborem suas razões recursais com mais apuro.

7. SUPRESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO

O Projeto implementa significativa alteração ao estabelecer, como regra, a ausência de efeito suspensivo *ope legis* dos recursos, inclusive de apelação (art. 949)¹¹.

Em contrapartida, poderá o relator — note-se, não o juiz de 1ª instância — suspender a eficácia da decisão recorrida diante da presença, em síntese, dos requisitos do *fumus boni iuris* (“demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” ou “relevância da fundamentação” – art. 949) e do *periculum in mora* (“risco de dano irreparável e de difícil reparação” - art. 949).

Com isso, a Comissão, a um só tempo, prestigia a decisão de 1ª instância e permite que os atos executórios possam ser deflagrados desde logo, impondo, assim, maior celeridade ao procedimento.

O pedido de concessão de efeito suspensivo será dirigido *ao tribunal* através de petição avulsa, mesmo que os autos ainda estejam na instância *a quo*. Impede-se, com isso, um outrora delicado “vácuo de competência”, que era fonte de insegurança, dada a suscetibilidade a divergências de entendimento quanto ao órgão jurisdicional competente para apreciar o pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação quando esta não fosse recebida no duplo efeito.

O Projeto, em sua versão atual, cria a situação na qual o advogado deverá interpor o recurso de apelação perante o juízo prolator da sentença apelada, sem que tal recurso ostente efeito suspensivo. Imediatamente após, deverá o advogado também elaborar petição avulsa, a ser dirigida ao tribunal competente para julgar a apelação, através da qual requer a concessão de efeito suspensivo à apelação interposta.

A partir do protocolo da petição avulsa perante o tribunal, a apelação passa a ostentar um efeito suspensivo “provisório”, que se produzirá até que o relator examine o pedido formulado na petição avulsa e, então, decida entre manter, agora com caráter permanente, o efeito suspensivo da apelação ou receber o recurso apenas no efeito devolutivo, fazendo, neste caso, cessar o efeito suspensivo “provisório” (§ 3º do art. 949).

11 A opção do projeto pela concessão *ope judicis* de efeito suspensivo aos recursos, em vez de *ope legis*, é elogiada por Marinoni e Mitidiero. *Op. cit.* P. 178.

A imposição da adoção pelo apelante de duas providências, praticamente simultâneas, perante instâncias diversas, no intuito de permitir a obtenção de efeito suspensivo, vem sendo duramente criticada, o que pode, inclusive, dar ensejo à alteração da redação do artigo 949 do Projeto durante o processo legislativo, a fim de que seja previsto que o efeito suspensivo “provisório” se opere a partir da interposição da apelação, e não do protocolo da petição avulsa perante o tribunal.

Com isso, evitar-se-ia a inquietante situação contemplada na redação atual do Projeto na qual o apelante tem de se apressar em protocolar a petição avulsa perante o tribunal, em uma verdadeira corrida contra o tempo, visto que, muitas vezes, a eficácia da sentença apelada mantida por apenas um dia já bastará para comprometer, definitivamente, a efetividade de um futuro acórdão que venha a reformar tal sentença em grau recursal, criando-se, assim, uma situação irreversível.

Pense-se, ainda, nos estados em que as petições dirigidas ao tribunal devem ser protocoladas diretamente na capital, representando, assim, mais um óbice ao cumprimento da sistemática do duplo peticionamento exigido pelo artigo 949 para a obtenção do efeito suspensivo “provisório”.

8. DESERÇÃO: ART. 961, §§ 1º E 2º.

O Projeto, mais uma vez fiel ao propósito assumido no sentido de deformalizar o processo, imprime maior flexibilidade quanto à decretação da deserção, admitindo que, em caso de *justo impedimento* para a ausência de recolhimento das custas recursais ou em caso de preenchimento equivocado da guia de recolhimento, possa o vício ser sanado em cinco dias (art. 961, §§ 1º e 2º).

Consideramos salutar a medida adotada, prestigiando o efetivo julgamento do recurso em detrimento da adoção de uma postura rígida e formalista. Teremos a oportunidade de verificar que, também em outros momentos, o Projeto vem referendar o prestígio ao julgamento do mérito recursal em detrimento da rigidez na apreciação de requisitos formais, como é o caso, dentre outros, da nova sistemática adotada para os recursos excepcionais.

9. PRAZO PARA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO

Novamente, em homenagem à celeridade, princípio este elevado ao grau de verdadeira prioridade, caso o acórdão não seja publicado no

prazo de um mês a partir da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas valerão como acórdão para todos os fins legais (art. 897, § 3º).

Entendemos que, quanto a esse ponto, acertou o Projeto, uma vez que verificamos casos em que transcorre logo tempo entre a realização do julgamento e a publicação do acórdão. Com isso, a marcha processual fica obstada, não podendo as partes interpor os recursos cabíveis ou adotar, sendo o caso, as medidas necessárias para dar fiel cumprimento à decisão.

10. RECURSOS INTERPOSTOS POR DIVERSOS LITISCONSORTES

Outra previsão inserida no Projeto em homenagem à otimização e à celeridade consiste no artigo 898, segundo o qual, tendo sido interpostos recursos por mais de um litisconsorte versando sobre a mesma questão de direito, a decisão favorável ao litisconsorte (recorrente), relativa a um dos recursos, prejudica o julgamento dos demais¹². A solução se mostra coerente, uma vez que, tendo sido favorável aos litisconsortes a primeira decisão, faleceria interesse aos demais recursos.

11. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS VOTOS ATÉ A PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO

O Projeto, no §1º do art. 896, vem trazer norma expressa a respeito da qual o CPC de 1973 não se manifesta, ao prever que os votos poderão ser alterados pelos magistrados até a proclamação do resultado do julgamento pelo presidente. A previsão de um marco temporal para a alteração dos votos se mostra criteriosa e traz maior segurança jurídica para o julgamento pelo colegiado.

12. INTEGRAÇÃO DO VOTO VENCIDO AO ACÓRDÃO

O § 3º do art. 896 do Projeto prevê expressamente que o voto vencido integra o acórdão para todos os fins, inclusive de prequestionamento, revogando, desse modo, o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 320¹³. Com isso, o Projeto majora a possibilidade de preenchimento desse requisito específico de cabimento dos recursos excepcionais, demonstrando a tendência no sentido de propiciar, tanto quanto possível, o julgamento do mérito recursal.

¹² Marinoni e Mitidiero elogiam a previsão, afirmando que: "O objetivo aí é primar pela igualdade entre os consortes e racionalizar o trabalho jurisdicional." *Op cit.* P. 75.

¹³ Súmula 314 do STJ: "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento."

13. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

O Projeto merece cumprimentos no tocante ao processo de homologação de sentença estrangeira. Primeiramente, pois o instituto recebeu regulamentação mais detalhada do que aquela dispensada pelo CPC de 1973, o que, por si só, não se mostra pouco, tendo em vista que o aumento das relações sociais e comerciais entre cidadãos e empresas de diferentes países revela a crescente importância do tema para o Direito Processual contemporâneo e clama por normas claras e atuais¹⁴.

Em segundo lugar, o Projeto tem o mérito de incorporar as duas principais inovações adotadas pela Resolução nº 09 do Superior Tribunal de Justiça. A primeira delas, a previsão quanto ao expresse cabimento da homologação de decisões interlocutórias estrangeiras, ainda que concedidas *inaudita altera parte*, contanto que seja garantido ao requerido contraditório posterior. A homologabilidade de decisões interlocutórias estrangeiras possui particular importância quanto às medidas urgentes, cujo ágil cumprimento em nosso país pode se revelar indispensável para a efetividade do processo estrangeiro ou da futura sentença estrangeira a ser proferida naqueles autos. O tema está na ordem do dia em diversos países, havendo inúmeros processualistas debruçando-se sobre essa questão, com vistas a evitar que as fronteiras políticas dos países — e igualmente a ausência de instrumentos processuais hábeis — sirvam como uma impiedosa muralha arditosamente utilizada por réus contumazes.

Ainda no tocante ao cumprimento de decisões interlocutórias estrangeiras em nosso país, o projeto parecer ter modificado o instrumento adequado para lhes conferir eficácia internamente. Se, atualmente, dadas as inovações trazidas pela mencionada Resolução nº 09 do STJ, tais decisões se tornaram passíveis de efetivação mediante a concessão de *exequatur* em sede de cartas rogatórias executórias — o que, até a Emenda Constitucional nº 45/2004, sequer era possível, já que o STF entendia que tais decisões não poderiam ser cumpridas no Brasil —, o Projeto opta por uniformizar a forma de exercício do juízo de delibação, prevendo que tanto as sentenças quanto as decisões interlocutórias estrangeiras serão objeto do processo de homologação. Isso é salutar, a nosso ver, já que, em ambos os casos, há igualmente o exercício de juízo de delibação —

14 A respeito do moderno tratamento dispensado ao processo de homologação de sentença estrangeira, especialmente no tocante à homologabilidade de decisões interlocutórias estrangeiras e à concessão de tutela antecipada em processo de homologação de sentença estrangeira, remetemos o leitor para obra: HILL, Flávia Pereira. **A antecipação da tutela no processo de homologação de sentença estrangeira**. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010.

com o exame da presença dos requisitos legais para o cumprimento da decisão estrangeira em nosso país, sem rejuízo do mérito do processo estrangeiro — não havendo razão para que fossem exigidos instrumentos diversos.

A segunda previsão contida no Projeto consiste na expressa previsão do cabimento de concessão de tutela de urgência pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de processo de homologação de sentença estrangeira. Aqui, o Projeto andou bem, garantindo que, em caso de urgência, possa o requerente pleitear a antecipação dos efeitos da futura homologação da sentença estrangeira, medida essa que, muitas vezes, será fundamental para garantir a efetividade da decisão de homologação a ser proferida ao final do processo perante o Superior Tribunal de Justiça. À semelhança dos demais processos judiciais que, em determinadas circunstâncias urgentes, merecem a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional como forma de resguardar a efetividade do provimento final, o processo de homologação de sentença estrangeira também pode adquirir tal feição, não havendo justificativa para colocá-lo à margem de tal garantia processual.

Previu-se expressamente, ainda, a homologabilidade das sentenças arbitrais, a fim de sepultar quaisquer eventuais dúvidas quanto ao seu cabimento.

O projeto previu expressamente, outrossim, a homologabilidade de decisões estrangeiras para fins de execução fiscal, caso haja tratado ou promessa de reciprocidade, ampliando, pois, o âmbito de aplicação do instituto (§ 4º do art. 914).

14. AÇÃO RESCISÓRIA

No tocante à ação rescisória, destacamos como sendo as principais inovações, primeiramente, a supressão de dois fundamentos para o ajuizamento da ação rescisória, notadamente a incompetência absoluta e o fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseie a sentença¹⁵, elencados respectivamente nos incisos II e VIII do artigo 485 do CPC de 1973.

Em segundo lugar, o Projeto opta por substituir a menção à “violação a literal disposição de lei” como fundamento para a rescisão, adotada no inciso V do artigo 485 do CPC de 1973, passando a adotar como fundamento a violação à “norma jurídica”, expressa no inciso V do arti-

¹⁵ A supressão deste último é elogiada por Marinoni e Mitidiero na p. 177.

go 919 do Projeto¹⁶. Consideramos que, mediante tal alteração, visou o Projeto a permitir seja invocado como fundamento não apenas a afronta ao texto expresso de lei, mas também a interpretação que lhe é dada de forma assente pelos tribunais.

No entanto, tal previsão vem recebendo críticas, por se entender que a redação adotada pelo Projeto teria ampliado exageradamente o fundamento de rescisão, permitindo a invocação, inclusive, de regulamentos e portarias, ao mencionar a palavra “norma” no lugar de “lei”.

Alteração digna de nota consiste na redução do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória de dois para apenas um ano a partir do trânsito em julgado (art. 928)¹⁷.

A Comissão justifica a redução pela metade do prazo, com lastro na segurança jurídica, ao argumento de que, quanto maior o prazo, maior o período no qual se poderá pretender o afastamento da coisa julgada, sendo esta um dos pilares do estado democrático de direito.

No entanto, consideramos que esse tema mostra-se mais complexo, merecendo um debate mais amplo. Concordamos com o propósito de prestigiar a coisa julgada e, por conseguinte, a segurança jurídica. No entanto, questionamos se a redução do prazo decadencial consiste realmente na melhor medida para salvaguardar os valores antes mencionados.

Com efeito, reduzir o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória sem que, por outro lado, seja adequadamente equacionada a teoria da relativização da coisa julgada, parece-nos trazer mais insegurança do que estabilidade. Devemos reconhecer que a teoria da relativização da coisa julgada vem, paulatinamente, ganhando renomados adeptos, embora varie a amplitude de sua aplicação. Tal teoria carece de regulamentação legal, sendo relegada a uma construção doutrinária e jurisprudencial que não prima pela unicidade e coesão¹⁸.

16 Athos Gusmão Carneiro critica a alteração, por considerar a nova expressão “muitíssimo abrangente, e convém ponderar que a aceitação da ação rescisória contra normas constantes de meros decretos, regulamentos, portarias de agências reguladoras, disposições normativas editadas por autarquias etc irá contrariar os propósitos que inspiram o projeto de novo Código, de ampla proteção à estabilidade e segurança jurídicas. Em decorrência, o prazo de um ano poderá retornar ao mais adequado prazo atual, de dois anos (art. 928 do PR).” *Op cit.* P. 166.

17 Na Exposição de Motivos, a Comissão do Anteprojeto declara o prestígio à segurança jurídica como razão para a redução do prazo, *in verbis*: “Também em nome da segurança jurídica, reduziu-se para um ano, como regra geral, o prazo decadencial dentro do qual pode ser proposta a ação rescisória.”

18 Remetemos o leitor a dois trabalhos com teses díspares a respeito da relativização da coisa julgada, a fim de ilustrar a ausência de consenso em torno de tema assaz sinuoso e delicado. MARINONI, Luiz Guilherme. “Relativizar a coisa julgada material?” Disponível no endereço eletrônico: www.abdpc.org.br. DINAMARCO, Candido Rangel. “Relativizar a Coisa Julgada Material”. In **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros. 2003. P. 220-266.

Assim sendo, indagamos se a coisa julgada e a segurança jurídica estariam verdadeiramente mais bem resguardadas mediante a redução pela metade do prazo da ação rescisória para que, com a maior exiguidade do prazo, acabe por ganhar reforço a (instável) tese da relativização da coisa julgada, caso a caso, como derradeira forma de “fazer justiça”. Ou, por outro lado, estariam tais valores mais bem protegidos mediante o prestígio da ação rescisória como *o instrumento adequado* para se pretender a rescisão da sentença transitada em julgado, contando com fundamentos de cabimento, procedimento e prazo legal de dois anos bem definidos?

Entendemos que o descabimento do ajuizamento da ação rescisória em razão do decurso do exíguo prazo poderá acabar por fomentar a expansão da aplicação da teoria da relativização da coisa julgada, o que não nos gera simpatia. Acreditamos que a previsão de regras claras e bem definidas, que possam ser facilmente identificadas pelos jurisdicionados, consiste no melhor serviço à segurança jurídica, mormente quando está em jogo a coisa julgada. Todavia, cremos que o tema mereça abordagem mais aprofundada, inclusive por sua importância e gravidade, o que não nos é permitido alcançar nos limites deste trabalho.

15. CRIAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Conforme noticiamos ao início deste estudo, o Projeto criou o chamado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”, previsto no art. 930, atendendo a proposta de prestigiar a uniformização da jurisprudência e afastar o risco de decisões conflitantes.

O incidente será cabível quando houver controvérsia com potencial para gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e causar insegurança jurídica. Nesse caso, o juiz de 1ª instância, o relator, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderão requerer ao Presidente do tribunal a instauração do incidente, sendo este julgado pelo plenário ou órgão especial. O acórdão do plenário ou do órgão especial deverá ser observado por todos os magistrados que compõem o respectivo tribunal, como forma de uniformizar a jurisprudência em seu âmbito¹⁹.

19 Marinoni e Mitidiero consideram bem intencionada a proposta neste particular, embora entendam que não terá o condão de reduzir a carga de trabalho do Judiciário, como se almeja, já que tal incidente não impede o ajuizamento de novas demandas. Segundo os doutrinadores, a utilização do modelo norte-americano das *class actions* melhor se prestaria a tal finalidade. *Op. cit.* p. 178.

16. EXTINÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Atendendo a críticas em torno desse recurso, o Projeto optou por extinguir os embargos infringentes — cujo cabimento, a propósito, já havia se tornado mais restrito após as alterações introduzidas pela Lei 10.352/01 —, prestigiando, assim, o escopo de simplificação da sistemática recursal. No entanto, merece registro a intensa discussão em torno do tema no Senado Federal, durante a tramitação do Projeto, tendo vários Senadores se manifestado pela manutenção do recurso.

17. RECURSOS DE AGRAVO

Consoante destacado no Substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, o Projeto rompe com a sistemática do CPC de 1973, que contempla, no rol dos recursos do artigo 496, apenas o recurso de agravo, genericamente. O Projeto optou por prever expressamente o cabimento de agravo de instrumento, agravo interno e agravo de admissão no elenco do artigo 948, por entender que não são espécies de um mesmo gênero intitulado agravo, mas sim recursos diversos, em razão de possuírem hipóteses de cabimento, competência e sistemáticas diferentes.

18. EXTINÇÃO DO AGRAVO RETIDO. RECORRIBILIDADE DIFERIDA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

O Projeto extinguiu, ainda, o recurso de agravo retido, reestruturando a recorribilidade das decisões interlocutórias. A partir do Projeto, as decisões interlocutórias, em regra, não mais precluem. Com isso, torna-se desnecessária (e incabível) a interposição imediata de agravo retido, devendo as decisões interlocutórias ser desafiadas somente ao final, como preliminar do recurso de apelação ou nas contrarrazões do apelado (art. 963, parágrafo único).

Com isso, conforme destacado pela Comissão na Exposição de Motivos, mudou-se o *momento de impugnação* da decisão interlocutória — passando da interposição imediata de agravo retido para a suscitação de preliminar em apelação/contrarrazões —, mas não o *momento de seu julgamento* pelo tribunal, que continua sendo por ocasião do julgamento da apelação.

Entendemos que tal inovação possui o condão de simplificar a recorribilidade das decisões interlocutórias. Afinal, se, hoje, cabe à parte ratificar o agravo retido na preliminar de apelação/contrarrazões, mais

simples se afigura dispensá-la de interpor previamente o recurso de agravo retido, concentrando a impugnação das decisões interlocutórias no próprio recurso de apelação.

19. APELAÇÃO

O recurso de apelação foi objeto de algumas modificações relevantes.

Primeiramente, conforme exposto anteriormente, as decisões interlocutórias passam a ser desafiadas, em regra, mediante preliminar da apelação ou suas contrarrazões (parágrafo único do art. 963).

A apelação deixa de ostentar efeito suspensivo, como regra, cabendo ao apelante requerer a sua concessão diretamente ao relator, mediante petição avulsa, consoante vimos de esclarecer.

O juízo de admissibilidade da apelação passa a ser exercido *apenas pelo tribunal* (art. 965, §3º), como forma de se suprimir “um foco desnecessário de recorribilidade”, segundo a Comissão, na Exposição de Motivos. Assim sendo, extirpa-se o juízo de admissibilidade atualmente exercido pela instância *a quo* (art. 518 do CPC/1973), apto a ensejar a interposição de agravo de instrumento (art. 522, CPC/1973).

Verifica-se, outrossim, terem sido ampliadas as hipóteses da chamada “causa madura”, ou seja, as hipóteses em que é admitido que o tribunal, no julgamento da apelação, prossiga no exame do mérito da causa. Segundo o Projeto, ao lado das hipóteses de sentenças terminativas (art. 472 do Projeto), também poderá o tribunal prosseguir no julgamento do mérito da causa, caso declare a *nulidade* da sentença apelada por não observância dos *limites do pedido* ou por *falta de fundamentação* e, ainda, caso *reforme* a sentença que reconhecer a *decadência ou a prescrição* (art. 965, §3º). Dessa forma, vem o Projeto, mais uma vez, homenagear a economia processual e a celeridade, ao evitar que os autos sejam remetidos ao juízo *a quo* para que seja proferido julgamento.

20. AGRAVO DE INSTRUMENTO

Tal qual vislumbramos na atual redação do CPC de 1973, o cabimento do agravo de instrumento continua a ser *excepcional* na sistemática do Projeto. No entanto, ao contrário da redação atual do CPC em vigor, que prevê, como regra, a interposição de agravo retido contra decisões interlocutórias e o cabimento, em caráter excepcional, do agravo de instrumento *conforme verifique o magistrado a ocorrência de lesão grave e de difícil reparação* (art. 522 do CPC/73), agora, no Projeto, a Comissão

optou por estabelecer, *como regra*, a recorribilidade diferida das decisões interlocutórias em preliminar da apelação/contrarrazões, sendo que as hipóteses excepcionais de cabimento do agravo de instrumento passaram a ser *expressamente contempladas* no Projeto (art. 969)²⁰.

De fato, muda o *referencial* para o cabimento do agravo de instrumento, passando da avaliação do *periculum in mora* caso a caso pelo relator (*ope judicis*) para a expressa previsão legal das hipóteses de cabimento (*ope legis*). O próprio legislador cuidou de elencar as hipóteses consideradas graves o suficiente para justificar a imediata recorribilidade da decisão interlocutória²¹, bem como as hipóteses que, em regra, não comportam a interposição de recurso de apelação, como é o caso da liquidação de sentença, do cumprimento de sentença, do processo de execução e do inventário (parágrafo único do art. 969), o que tornaria inviável, portanto, a veiculação da matéria como preliminar da apelação ou em suas contrarrazões.

Entendemos que a previsão expressa das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento torna a questão mais clara, evitando os entendimentos jurisprudenciais díspares que atualmente circundam a avaliação da presença dos requisitos legais para o cabimento do agravo de instrumento na sistemática do CPC de 1973. Destaque-se que, dado o princípio da unicidade recursal ou unirrecorribilidade, a existência de normas claras quanto ao cabimento dos recursos mostra-se extremamente salutar e põe-se a serviço, mais uma vez, da tão propalada segurança jurídica.

O artigo 971, inciso I, do Projeto vem prestigiar menor formalismo, ao admitir a juntada de outro documento que comprove a tempestividade do agravo de instrumento, ainda que não seja a certidão de intimação, sendo, desde já, objeto de elogios por parte da doutrina²².

O Projeto passou a prever, ainda, o cabimento de sustentação oral dos advogados na sessão de julgamento de agravo de instrumento que

20 A Exposição de Motivos do Anteprojeto assim contempla o tema, *in verbis*: “Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterado-se (sic) o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação.”

21 São elas as hipóteses de decisão interlocutória que examinar tutela de urgência ou evidência, decidir o mérito da causa, rejeitar alegação de convenção de arbitragem, decidir incidente de desconsideração da personalidade jurídica, gratuidade de justiça, exibição ou posse de documento ou coisa, exclusão de litisconsorte por ilegitimidade, limitação do litisconsórcio, admissão ou não de intervenção de terceiros, dentre outras previsões contidas em leis esparsas.

22 Marinoni e Mitidiero elogiam o art. 971, inciso I, do Projeto, ao argumento de que evita que se “descambe em formalismo pernicioso”, prestigiando a finalidade normativa. *Op. cit.* P. 183.

verse sobre questão de mérito (art. 892), sendo esta mais uma providência benfazeja do Projeto, em prol da garantia do contraditório.

21. AGRAVO INTERNO

De acordo com o Projeto, o agravo interno será cabível contra as decisões monocráticas proferidas pelo relator, a ser julgado pelo colegiado de que faça parte, salvo nas hipóteses em que a lei reputar irrecurável a decisão monocrática (como é o caso da decisão monocrática do relator que aprecia a concessão de efeito suspensivo e a antecipação da tutela recursal). O Projeto congregou as hipóteses de cabimento do agravo interno, previsto no art. 557 do CPC de 1973, e do agravo regimental²³.

22. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O Projeto previu expressamente o cabimento dos embargos de declaração para o fim de correção de erro material (art. 976). Com isso, o Projeto evita sejam os embargos de declaração, interpostos com tal finalidade, considerados meramente protelatórios ou sejam inadmitidos por ausência de interesse-necessidade, uma vez que a correção de erro material pode ser suscitada pela parte mediante a apresentação de simples petição.

De todo modo, entendemos que a previsão expressa de seu cabimento não impede que a parte opte por instar o magistrado a corrigir erro material mediante petição avulsa, até mesmo porque é dado ao julgador corrigi-lo de ofício (art. 481, inciso I, do Projeto).

Providência digna de registro contida no Projeto consiste na previsão expressa da prévia oitiva do embargado sempre que os embargos de declaração possam ter *efeito modificativo* (art. 976, parágrafo único). Desse modo, o Projeto garante a observância do princípio do contraditório.

23 Mitidiero e Marinoni entendem que o projeto prevê o cabimento do agravo interno apenas “para apontar a necessidade de distinção (*distinguishing*) ou de superação do precedente-paradigma (*overruling*) é que tem cabimento o agravo interno.” Segundo eles: “Pensar diferentemente importa manter a disciplina vigente, que patrocina inútil duplicação recursal quando o relator julga monocraticamente.(...) É por essa razão que sugerimos a inserção de parágrafo no art. 853 [art. 975 do Substitutivo do Senado], para explicitar que a decisão do relator tem de ser considerada, para todos os efeitos constitucionais e legais, como decisão do colegiado.” *Op. cit.* P. 184. Sem colchetes no original. Ousamos discordar dos autores, por entendermos que o princípio da colegialidade pressupõe, justamente, a possibilidade de referendo pelo colegiado, sendo tal possibilidade intrínseca ao princípio em questão. Cândido Rangel Dinamarco comunga o entendimento por nós esposado no tocante ao princípio da colegialidade. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. São Paulo: Malheiros. 2002. P. 192. A respeito do princípio da colegialidade, indicamos o artigo. HILL, Flávia Pereira. “O Recurso de Agravo e a Lei No 11.187/05”. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual- REDP**. V. 1. Rio de Janeiro. out/dez. 2007. Disponível no endereço eletrônico: www.redp.com.br.

rio quando os embargos de declaração possam ter o condão de modificar a solução dispensada pela decisão embargada, interferindo, assim, na esfera jurídica das partes.

No art. 978, previu o Projeto que os embargos de declaração interpostos *contra decisão monocrática do Relator* também deverão ser julgados *monocraticamente*, não pelo colegiado. Com isso, o Projeto se afasta da jurisprudência dos tribunais superiores²⁴, que passaram a converter os embargos de declaração interpostos em face de decisão monocrática do relator em agravo regimental, a ser julgado diretamente pelo colegiado. O expediente adotado pelos tribunais superiores suprime a possibilidade de a parte interpor agravo regimental autonomamente, aduzindo razões recursais específicas a serem apreciadas pelo colegiado no momento oportuno e, por isso, parece-nos de duvidosa constitucionalidade, por vulnerar o devido processo legal. Desse modo, reputamos de todo conveniente a previsão contida no Projeto, que vem prestigiar o devido processo legal e a adequada participação das partes no processo.

Nos embargos de declaração interpostos para fins de prequestionamento, autoriza o art. 979 do Projeto que os tribunais superiores considerem a matéria prequestionada ainda que os embargos tenham sido inadmitidos, caso o STJ ou o STF entenda que efetivamente havia o vício apontado²⁵. Com isso, o Projeto referenda a posição do STF sobre o tema, em detrimento da Súmula 211 do STJ²⁶, prestigiando a economia processual, a celeridade e a adoção de menor formalismo no trato dos recursos excepcionais.

O Projeto prevê que os embargos de declaração intempestivos não interrompem o prazo para o embargante interpor outros recursos (art. 980, §1º). A partir dessa previsão expressa, o Projeto ressalva, *a contrario sensu*, a interrupção do prazo recursal para o embargado nessa hipótese, colocando-o a salvo. Do mesmo modo, o Projeto acaba por assentar que a inadmissão dos embargos de declaração em virtude das

24 STF. AP 480 ED, Relator(a):Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-01 PP-00001. STF. ED no AI 708.869-2. Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 14/04/2008. STJ. EDcl no Ag 953.657/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 10/03/2008.

25 Segundo Athos Gusmão Carneiro, “Esta norma tornará desnecessário o retorno, previsto na atual e formalista orientação do STJ, do processo ao colegiado de origem, a fim de que seja ‘completado’ o julgamento dos embargos de declaração, abrindo-se azo, novamente, ao recurso especial.” *Op cit.* P. 170.

26 Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

demais causas de inadmissibilidade terá sim o condão de interromper o prazo recursal para o embargante, filiando-se à jurisprudência dominante a respeito do tema²⁷.

23. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Cumpre, antes de tudo, destacar que o Projeto dispensou uma regulamentação mais flexível no tocante aos recursos excepcionais, quebrando a tendência atual no sentido de impor um rigorismo implacável quanto ao exame de seus requisitos formais. Trata-se, pois, de uma verdadeira mudança de rota que o Projeto visa a empreender nesse particular, prestigiando, de forma clara, o julgamento do mérito recursal que, neste caso, consiste em, nada mais, nada menos, o exame da questão federal ou constitucional ventilada pelo recorrente.

Em primeiro lugar, vem o Projeto admitir que, sendo tempestivo o recurso excepcional, o tribunal possa relevar um defeito formal que não seja grave ou venha a fixar prazo para que o vício seja sanado pelo recorrente (art. 983, §2º). Identificamos, pois, nesse dispositivo legal, nítido prestígio ao menor formalismo e à economia processual, buscando privilegiar a análise da questão federal ou constitucional ventilada no recurso (mérito recursal).

Em segundo lugar, o Projeto admite que, verificando o Superior Tribunal de Justiça que o Recurso Especial versa sobre questão constitucional, seja aberto prazo para que o recorrente demonstre a repercussão geral — requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário — e, com isso, o Recurso Especial possa ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal como se Recurso Extraordinário fosse. Poderíamos afirmar tratar-se, em última análise, da aplicação do princípio da fungibilidade recursal, especificamente no tocante aos recursos excepcionais.

O mesmo se aplica ao Recurso Extraordinário, admitindo o Projeto que o Supremo Tribunal Federal, ao verificar que o recurso trata, em verdade, de questão infraconstitucional, possa remetê-lo ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como se Recurso Especial fosse. Permite, assim, o aproveitamento dos recursos excepcionais. Do contrário, o prazo para a interposição do recurso excepcional adequado, no mais das vezes,

27 O Projeto adota posição intermediária, deixando de se filiar ao posicionamento mais rigoroso adotado, dentre outros juristas, pelo eminente processualista José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual a inadmissão dos embargos de declaração por qualquer motivo não interrompe o prazo para a interposição dos demais recursos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários do Código de Processo Civil**. V. V, 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. P. 558.

já teria expirado e a questão não mais seria apreciada pelo tribunal superior competente²⁸.

O Projeto promove a ampliação das hipóteses de ocorrência de repercussão geral (art. 989, §3º), passando a admitir, ainda, a hipótese de o recurso contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos ou questionar decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Questão interessante é a tratada no parágrafo único do artigo 952. Dispõe o Projeto que, no caso de ter sido reconhecida a repercussão geral e adotado o recurso como paradigma ou, ainda, no caso de recursos repetitivos, eventual desistência apresentada pelo recorrente será ineficaz para o fim apontado, não impedindo o prosseguimento do julgamento, visto que, neste caso, o interesse envolvido transcenderá o da parte recorrente, passando a envolver o interesse geral de unidade do direito e da otimização da função jurisdicional. Em outras palavras, a desistência terá o condão de excluir o recorrente da decisão daquele recurso, tendo em vista o princípio da demanda. No entanto, as razões recursais serão examinadas pelo tribunal superior, sendo certo que o entendimento firmado será aplicado aos demais recursos que versem sobre a questão jurídica analisada²⁹.

24. RECURSOS REPETITIVOS

O projeto estende a aplicação do rito dos recursos repetitivos ao Recurso Extraordinário, além do Recurso Especial (art. 990), referendando o propósito do Projeto de valorizar a uniformização e a estabilidade da jurisprudência, assim como a celeridade processual.

25. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA:

Além do cabimento em sede de recurso especial, já contemplada no CPC/73, o Projeto também admitiu o cabimento dos embargos de di-

28 Marinoni e Mitidiero elogiam a previsão do Projeto: “Em terceiro lugar, o Projeto propõe interessante *ponte* entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça para viabilizar o conhecimento de recurso extraordinário e de recurso especial interpostos equivocadamente. Também aqui o que está por debaixo das regras propostas é a necessidade de reconhecer na atuação das cortes superiores um trabalho que visa a objetivos ligados precipuamente à unidade do Direito, e não apenas ao interesse do recorrente.” *Op. cit.* P. 188. *Itálico do original.*

29 Referendamos o entendimento preconizado por Marinoni e Mitidiero a esse respeito. *Op. cit.* P. 180. Discordamos, assim, de Athos Gusmão Carneiro, para quem seria inútil admitir-se a desistência pelo recorrente nessa hipótese, pois o entendimento firmado deveria ser aplicado inclusive ao recurso em relação ao qual o recorrente havia manifestado a desistência. Para o jurista, melhor seria, então, que o Projeto vedasse a desistência pelo recorrente nestes casos, pois redundaria, a seu ver, na mesma consequência. *Op. cit.* p. 168.

vergência para *causas de competência originária* do STJ, tendo, por outro lado, excluído o seu cabimento em sede de Recurso Extraordinário.

26. CONCLUSÃO

Ainda que se possa questionar, como já fazem alguns juristas — e nós mesmos por vezes nos pegamos a meditar —, se as inovações propostas pelo Projeto do novo CPC justificam efetivamente a elaboração de uma nova codificação, tendo em vista não haver, de fato, uma ruptura com os fundamentos do Código de Processo Civil de 1973, ou, em outras palavras, não haver uma genuína mudança de rota nos rumos do sistema processual pátrio, conforme reconhecido, inclusive, de certa forma, pela Comissão na Exposição de Motivos³⁰, forçoso convir que, particularmente no tocante ao Livro IV, que ora nos propusemos a analisar, o Projeto valoriza alguns novos parâmetros para a sistematização do processo perante os tribunais.

Isso resta claro, primeiramente, a partir da inovadora tentativa de *aproveitamento dos recursos*, promovendo a sua *deformalização* ao deixar em segundo plano, tanto quanto possível, eventuais vícios formais, a fim de que seja prestigiado o julgamento do mérito recusal. Tal perspectiva mostra-se ainda mais evidente na regulação dos recursos excepcionais, revelando uma verdadeira alteração em seu tratamento, ultrapassando a postura marcadamente formalista com que tais recursos vêm sendo examinados.

A uniformização e a estabilidade da jurisprudência, valorizadas no Projeto, marcam também uma tomada de posição clara e inovadora pela Comissão, na medida em que propõe, por assim dizer, uma reestruturação dos parâmetros de julgamento, evocando a adoção da jurisprudência dominante como um fator central para a nova sistemática processual. Embora houvesse sinais de aproximação de nosso sistema processual ao sistema de precedentes, podemos afirmar que o Projeto eleva tal princípio a patamares ainda não alcançados e, acrescentando-se, com uma amplitude deveras abrangente, a ponto de envolver todos os magistrados brasileiros a julgarem em observância ao sistema de precedentes. Diversas inovações

30 Assim dispõe a Comissão na Exposição de Motivos do Anteprojeto de novo CPC, *in verbis*: “Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.”

adotadas no Projeto vêm ratificar esse firme propósito, conforme vimos, como a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, a ineficácia da desistência formulada pelo recorrente quanto a recursos excepcionais afetados, a extensão do expediente de demandas repetitivas para o recurso extraordinário, a extensão do cabimento dos embargos de divergência para processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, dentre outras.

A Comissão propôs-se, ainda, a *simplificar a sistemática recursal* e, reconhecamos, manteve-se fiel a esse propósito. Em cumprimento a esse objetivo traçado, o Projeto extingue o recurso de embargos infringentes, uniformiza os prazos recursais em quinze dias, concentra o exercício do juízo de admissibilidade da apelação diretamente perante o relator, prevê expressamente as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, dispõe sobre a recorribilidade diferida das decisões interlocutórias diretamente em sede de apelação, dentre outras inovações.

No intuito de imprimir maior *celeridade*³¹ ao processo judicial, cujo maior vilão vem sendo identificado precisamente como o regime recursal, a Comissão prevê a exclusão do efeito suspensivo dos recursos como regra, inclusive para a apelação, a valorização do julgamento monocrático pelo relator, dentre outras medidas.

Merecem registro, outrossim, previsões inseridas pela Comissão no intuito de pacificar divergências doutrinárias e jurisprudenciais ou explicitar, na codificação, entendimentos que vêm sendo aplicados, trazendo, assim, maior segurança para o jurisdicionado, como ao explicitar o cabimento dos embargos de declaração para a correção de erros materiais, determinar o julgamento monocrático dos embargos de declaração interpostos contra decisão monocrática do relator, prever o prévio contraditório em favor do embargado caso os embargos de declaração possam ter efeitos modificativos, prever (e assim limitar) a ausência de efeito interruptivo para o embargante quanto aos embargos de declaração tidos por intempestivos, apenas para citar alguns.

Outro mérito a ser creditado ao Projeto consiste na regulação mais detalhada do processo de homologação de sentença estrangeira, abar-

31 Interessantes e pertinentes ponderações vêm sendo tecidas por juristas a respeito da (super)valorização da celeridade pela sociedade contemporânea, especialmente se tomarmos em consideração a salutar segurança jurídica, a cujo serviço também se coloca o Direito Processual. A nosso sentir, a Comissão posicionou-se claramente a respeito desse delicado embate, pendendo para a valorização da celeridade processual, em resposta aos reclamos dos jurisdicionados.

cando as principais inovações trazidas pela Resolução nº 09 do Superior Tribunal de Justiça, a demonstrar a sensibilidade da Comissão quanto à premência de um tema outrora esquecido no Brasil e que se apresenta na ordem do dia em diferentes países.

Enfim, podemos asseverar que a Comissão estabeleceu os princípios norteadores do Projeto e procurou estruturá-lo em consonância com tais valores. Pode-se até questioná-las, mas cremos que a Comissão manteve-se fiel às suas premissas e mostrou-se coerente e comprometida com os valores por ela considerados como prioritários.

Particularmente quanto à sistemática recursal, embora haja pontos a merecer maior reflexão, conforme destacamos ao longo do presente trabalho, entendemos que o Projeto se mostra afinado com as principais reivindicações que vêm sendo feitas por juristas e, especialmente, por cidadãos leigos, procurando deformalizar, simplificar e acelerar um sistema recursal considerado vagaroso e complexo. Por óbvio, qualquer consideração a respeito da efetividade das normas e de sua aptidão para aplacar os problemas apontados depende igualmente da sua aplicação diuturna por parte dos profissionais do direito, recaindo em seu colo a responsabilidade por imprimir contornos concretos à nova codificação, por ora em tramitação.

Para nós, operadores do direito, receber um novo Código de Processo Civil com os olhos voltados para a vetusta codificação não pode ser considerada a postura mais recomendável ou construtiva. Ainda que tenhamos ressalvas ou críticas — que são salutares, por fomentarem o debate e o aperfeiçoamento —, ou mesmo questionemos a necessidade de um novo Código, oxalá consigamos nos unir em torno do maior aproveitamento dos aprimoramentos e inovações salutares que, inegavelmente, a nova codificação, uma vez em vigor, poderá nos trazer. Uma vez em vigor o novo Código, pensemos em seus avanços e extraiamos deles todo o seu potencial para melhorar o sistema processual brasileiro. Assim, todos os esforços envidados com a elaboração de um novo CPC, que tem envolvido a todos nós, terão sido verdadeiramente proveitosos e nos permitirão, verdadeiramente, dar um passo à frente. ❖

Contrato de *Leasing* de Veículos: Verdades e Mentiras sobre o Valor Residual Garantido (VRG)

Paulo Gustavo Rebello Horta

Desembargador (aposentado) do TJRJ. Consultor de Chalfin, Goldberg e Vainboim Advogados Associados.

Paulo Maximilian

Mestre em Direito. Professor da EMERJ. Sócio de Chalfin, Goldberg e Vainboim Advogados Associados.

INTRODUÇÃO

O *leasing*¹, como se perceberá doravante, aperfeiçoa-se através de um *mix* de contratos², motivo pelo qual suscita enormes controvérsias tanto no campo prático, quanto no teórico. Passando de forma rápida por questões históricas e conceituais, o presente artigo tem como foco analisar as polêmicas questões referentes ao Valor Residual Garantido, apresentando o debate e as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre cada assunto.

1. HISTÓRICO

Embora haja divergências doutrinárias sobre a criação do contrato de *leasing*³, fato é que o mesmo se proliferou a partir do famoso *Lend*

¹ "*Leasing*, do inglês norte-americano, é composto do sufixo *ing*, que exprime ação verbal, e do verbo *to lease*, traduzido como ato de alugar ou arrendar. O locador é o *lessor*, e o locatário o *lessee*. No Brasil, chamado de *arrendamento mercantil*, as partes são o arrendante, ou arrendador, e o arrendatário. Numa tentativa de aporuguesar, Bulgarelli sugere *lisingue*. Em termos de tradução, sugiro *lísín*, com todo o respeito ao mestre. Mas parece que devemos ficar mesmo é com o original *leasing* -, inclusive em termos de *marketing*. (MARIANI, Irineu. "*Leasing* em Tópicos", *Revista da AJURIS*, v. 26, n. 79, p. 125-147, set. 2000). No presente texto, a denominação *leasing* foi adotada como correta.

² FÁBIO KONDER COMPARATO. "Contrato de *Leasing*", *RT*, n. 389, p. 10, 1968.

³ ARNOLDO WALD, em interessantíssimo artigo denominado "Histórico e desenvolvimento do *leasing*" (*Revista Fofense*, v. 250, ano 71, 1975, p. 14-26) aponta que, para os autores que consideram o referido contrato como forma peculiar de locação, a origem do instituto remonta à antiguidade. Outros, como por exemplo IVO TEIXEIRA GICO JÚNIOR ("Elementos do Contrato de Arrendamento Mercantil e a Propriedade do Arrendatário", texto colhido da *internet* do site Jus Navigandi (www1.jus.com.br/doutrina/texto.aspx?id=627)), afirmam que tais posições estão equivocadas, pois o *leasing* teria surgido recentemente como forma de equacionar o problema de algumas empresas que

and Lease Act (aprovado pelo Congresso norte-americano em 11.03.1941 e publicado durante a 2ª Guerra Mundial), através do qual o presidente FRANKLIN DELANO ROOSEVELT determinou um empréstimo de armamentos e outros materiais bélicos para os países aliados, com a (até então inédita) condição de que, terminada a guerra, os mesmos deveriam devolver ou adquirir o material emprestado.

No gancho da prática utilizada pelo governo durante a guerra, o californiano D. P. BOOTHE JUNIOR, comerciante do ramo de condicionamento de alimentos, que tinha com o governo um contrato com volumosa encomenda, viu-se impossibilitado de cumprir com sua obrigação por falta de maquinário e, não possuindo o capital necessário para adquirir tais equipamentos, optou pelo aluguel. Percebeu, então, que havia uma perspectiva maior para os financiadores, fazendo surgir um novo “nicho” comercial a ser explorado se os mesmos passassem a comprar equipamentos e, com isso, alugassem os mesmos aos clientes. Assim, como se verifica no citado artigo de ARNOLDO WALD⁴, colhendo informações da Revista *Fortune*, em 1952, D. P. BOOTHE JUNIOR e alguns de seus amigos criaram a *United States Leasing*, que com um capital inicial de US\$ 20.000,00, passou, já no ano de 1954, a realizar operações no valor de US\$ 3.000.000,00. Em 1961, a outra empresa criada pelo pioneiro, a *Boothe Leasing Corporation*, que partira de um capital inicial de US\$ 400.000,00, alcança a marca de impressionantes 2.700 clientes, movimentando US\$ 66.000.000,00 e aumentando o seu capital para US\$ 8.000.000,00, ou seja, vinte vezes o valor inicialmente aplicado.

Posteriormente, as empresas de *leasing* foram se multiplicando e, assim como ocorrera com as empresas de cartões de crédito, a atividade foi “encampada”, direta ou indiretamente, pelas instituições financeiras.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, de forma apertada, expõe a evolução e a adoção da matéria no Brasil. Ensina ter a prática sido adotada pela primeira vez no ano de 1967, com a empresa *Rent-a-Maq*, tendo permanecido em caráter experimental até meados dos anos 70⁵. Todavia,

necessitavam de financiamento sem, no entanto, desmobilizar seu capital. Para IRINEU MARIANI (*op. cit.*, p. 125): “No Direito contemporâneo, surgiu na década de 1890, na Inglaterra, a *hire-purchase* (locação-compra), contrato praticado com máquinas de costura pela Singer, e também pelas fábricas de vagões de locomotivas. Merecedora de maior crédito é a corrente que aponta o *renting*, surgido no Estados Unidos na década de 20 como verdadeiro antecessor do *leasing*. No *renting* os deveres do locador haviam sido ampliados, uma vez que neste também havia a garantia de assistência técnica, revisões, concertos etc..”

4 WALD, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 15

5 Em 25 de setembro de 1970 foi fundada a ABEL - Associação Brasileira das Empresas de *Leasing* que tinha (como continua tendo), entre seus objetivos, justamente explicar, difundir a prática e estabelecer o aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria.

mesmo tendo alcançado uma enorme evolução⁶, a prática do *leasing* seguia ao desamparo de qualquer legislação, ao passo que, em 1974, buscando estabelecer obrigações tributárias para o contrato em questão, foi editada a Lei 6.099, de 12 de setembro de 1974, que definia o *leasing*⁷, renomeando-o como Arrendamento Mercantil.

Com a edição da mencionada legislação⁸, o *leasing* ganhou o mercado e passou a ser oferecido à sociedade, tornando-se excelente opção para os que buscavam iniciar ou expandir seus negócios, sem, no entanto, comprometer o capital a ser investido.

2. CONCEITO⁹ E NATUREZA JURÍDICA

Em que pese certa inconformação por parte da doutrina com a denominação adotada no direito positivo (arrendamento)¹⁰, no que tange à conceituação, não há grande dissonância. De forma completa, ROBERTO RUOZI¹¹, citado por ÁLVARO ANTÔNIO S. B. DE AQUINO¹², ensina que

6 Segundo notícia Caio Mário da Silva Pereira (*op. cit.*, p. 384): “Para se ter a idéia do desenvolvimento desta atividade, basta lembrar que, em 1973, tínhamos 620 milhões em *leasing*; em 1974, passamos à casa de um bilhão; e já em 1975, marchávamos para três bilhões; em 1978, vencíamos a barreira de onze bilhões. Já tendo dados à mão, posso dizer a quanto orça o movimento atual, um bilhão e quinhentos milhões de dólares.”

7 LEI 6.099/74: ART. 1º: “O tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil rege-se-á pelas disposições desta Lei. Parágrafo único. Considera-se arrendamento mercantil a operação realizada entre pessoas jurídicas, que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam às especificações desta.”

8 Ressalte-se a importância da LEI n.º 7.132, de 26 de outubro de 1983, que alterou o conceito da legislação anterior, vindo a permitir a celebração do contrato de arrendamento entre uma instituição financeira e uma pessoa física, o que antes era impossível. Dispõe o artigo da Lei nova: “Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária, e para uso próprio desta”.

9 Colhe-se do site do Banco Central – BACEN (www.bcb.gov.br/htms/bc_atende/leasing.shtm) a seguinte explicação: “As empresas vendedoras de bens costumam apresentar o *leasing* como mais uma forma de financiamento, mas o contrato deve ser lido com atenção, pois trata-se de operação com características próprias. O *leasing*, também denominado arrendamento mercantil, é uma operação em que o proprietário (arrendador, empresa de arrendamento mercantil) de um bem móvel ou imóvel cede a terceiro (arrendatário, cliente, “comprador”) o uso desse bem por prazo determinado, recebendo em troca uma contraprestação. Esta operação se assemelha, no sentido financeiro, a um financiamento que utilize o bem como garantia e que pode ser amortizado num determinado número de “aluguéis” (prestações) periódicos, acrescidos do valor residual garantido e do valor devido pela opção de compra. Ao final do contrato de arrendamento, o arrendatário tem as seguintes opções: - comprar o bem por valor previamente contratado; - renovar o contrato por um novo prazo, tendo como principal o valor residual; - devolver o bem ao arrendador.”

10 “Envolvendo uma operação financeira, forçoso é ressaltar que o nomen iuris – arrendamento mercantil – não é adequado. Melhor seria designá-lo de arrendamento financeiro” (Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino, *Leasing – Responsabilidade Civil*, Revista Forense, v. 324, p. 5); “No seminário realizado pelo IDORT em São Paulo, Ary Oswaldo Mattos Filho exclamava: ‘de maneira arbitrária o *leasing* para mim é arrendamento. Aqueles que encontrarem uma palavra melhor para batizar esse cristão não batizado ainda, estejam à vontade” (Waldírio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1986).

11 RUOZI, Roberto, *Il leasing*, p. 23.

12 Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino, *op. cit.*, p. 6.

“O leasing é uma operação de financiamento a médio ou a longo prazo, calçada em um contrato de locação de bens móveis ou imóveis. Integra essa operação um intermediário financeiro que intervém entre o produtor do bem objeto do contrato e a empresa que dele necessita, adquirindo do primeiro o referido bem e cedendo-o em locação à segunda, o qual se obriga, irrevocavelmente, a pagar ao intermediário financeiro um determinado número de prestações periódicas, por conta de uma importância global superior ao custo dos bens, cuja propriedade, ao término do contrato, pode ser transferida a título oneroso, do intermediário financeiro à empresa locatária, por iniciativa desta última.”

Já no que concerne à natureza jurídica do contrato¹³, sem prejuízo das respeitadas opiniões transcritas no rodapé, esclarece-se que o contrato não é de locação, pois neste, ao contrário do que ocorre no *leasing*, o risco de perecimento corre por conta do proprietário (locador). Não é de reserva de domínio, pois existe a tríplice opção (renovar, devolver ou adquirir). E tampouco é de mútuo, já que não ocorre a transferência de propriedade. Conclui-se, então, tratar-se de contrato mercantil típico¹⁴,

13 IVO TEIXEIRA GICO JUNIOR sintetiza brilhantemente várias outras posições: “J. A. Penalva Santos (*Revista Forense*, v. 250, Ano 71, Abr/Jun. 1975, p. 47.) seguindo transição civilista, caracterizou-o como sendo complexo, sinalagmático, composto de um financiamento e arrendamento de bens, com cláusula de opção tríplice; Waldírio Bulgarelli (*Contratos Mercantis*. 9ª ed., Atlas, 1997, p. 375) entende que é “um contrato consensual, bilateral, oneroso, e de execução sucessiva, e firmado *intuitu personae*”; Arnaldo Rizzardo (*Leasing – Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*. 3ª ed., RT, 1997, p. 147) o vê como “um contrato de natureza econômica e financeira, pelo qual a empresa cede em locação a outrem um bem móvel ou imóvel, mediante o pagamento de determinado preço”; para, Caio Mário (*Instituições de Direito Civil*, 10ª ed., v. 3, Forense, p. 147), é “uma espécie de ‘locação-venda’ (*locatio mixta cum venditione*)”; P. R. Tavares Paes (*Leasing*. 2ª ed., RT, 1993., p. 21) admite a natureza “complexa, abrangendo uma locação, uma compra e venda (que não é essencial do leasing, pois existe sem essa opção, eventualmente um mandato; Arnold Wald (*A Introdução do Leasing no Brasil*. RT, v. 415, a. 59, p. 10.) diz que “Trata-se, na realidade, de uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, exercendo função parecida com a venda com reserva de domínio e com a alienação fiduciária, embora oferecendo ao utilizador do bem, maior leque de alternativas no caso de não querer ficar com a propriedade do equipamento após um primeiro prazo de utilização. Em caminho um pouco diverso, Orlando Gomes (*Contratos*. 7ª ed., Forense, 1979, p. 569-570), apesar de reconhecer tratar-se de “uma operação financeira destinada a proporcionar aos empresários o acesso aos bens de produção, o caracteriza como um contrato “mais próximo da locação, cujas regras se lhe aplicam se não há próprias, sendo a distinção entre ambos fundamentalmente causal, mas sendo ambos de conteúdo semelhante. Outra posição interessante é a dos que defendem ser um contrato complexo por conter elementos de outros contratos típicos como locação, a promessa de compra e venda, a compra e venda a prestação e o financiamento, todos coligados (Carlos Antônio Farias de Souza. “Contratos de Leasing”. *Revista Informatizada Data Venia*: www.datavenia.com.br. inf.br nº21. Ano IV . jan., 1999, p. 2.). Há posições ainda mais curiosas e isoladas, mas não menos importantes, como a de Washington Luiz da Trindade (*Leasing: Negócio Jurídico Fiduciário*. Salvador Ltda., 1974., p. 67), que exalta exageradamente a garantia real que representa o contrato de modo a resumi-lo em um dito aspecto fiduciário, para ele o leasing, pela sua visível base fiduciária, distingue-se de outros negócios complexos, não precisamente pela locação, mas pela administração e utilidade produtiva de coisa alheia, em proveito do instituidor ou de uma entidade financiadora, e de cuja administração o contrato retira o seu benefício ou vantagem, inclusive pela cláusula de opção de venda, fazendo-a e movimentando-a juridicamente, para ter a livre disposição da coisa inicialmente locada.”

14 Embora não conte com disciplina específica no regramento civil, possui norma que trata de seu enquadramento tributário (Lei nº 6.099/74 com a redação alterada pela Lei nº 7.132/83), além de diversas Resoluções do Conselho Monetário Nacional (Resoluções do Conselho Monetário Nacional nºs 2.309, de 1996, 2.465, de 1998, 2.595, de

bilateral, oneroso, sinalagmático (obrigações recíprocas), comutativo (obrigações equilibradas), em princípio *intuitu personae* (transferência só com o consentimento da outra parte) e misto ou híbrido.

3. FORMA DE CONTRATAÇÃO, FASES E REQUISITOS NECESSÁRIOS

Atualmente, a operação encontra-se bastante facilitada uma vez que, na busca de novos mercados, as instituições financeiras passaram a não mais aguardar de forma passiva o comparecimento dos consumidores com solicitações de financiamento mas, ao revés, começaram a se fazer presentes (através de prepostos ou convênios operacionais) em todas as grandes revendedoras e agências de automóveis, firmas de informática e mobiliário nas quais o cliente já preenche o contrato de *leasing*, apresentando documentação e ficando, apenas, no aguardo da confirmação de liberação de seu crédito com a instituição.

Entendendo desdobrar-se a operação em cinco fases, assim explica WALDÍRIO BULGARELLI:

“1. A preparatória, ou seja, a proposta do arrendatário à empresa de *leasing* ou vice versa; 2. Essencial, constituída pelo acordo de vontades entre ambas; 3. Complementar, em que a empresa de *leasing* compra o bem ou equipamento ajustado com o arrendatário; 4. Também essencial, que é o arrendamento propriamente dito, entregando a empresa de *leasing* ao arrendatário o bem ou equipamento; 5. A tríplice opção de usuário, ou seja, ao termo do contrato de arrendamento, continuar o arrendamento, dá-lo por terminado, ou adquirir o objeto do arrendamento, compensando as parcelas pagas a título de arrendamento e feita a depreciação.”¹⁵

Como bem expõe CAIO MÁRIO¹⁶, a Lei n.º 6.099/74 fixou os seguintes requisitos para o contrato de *leasing*: a) prazo; b) valor de cada prestação por períodos determinados, não superiores a um semestre; c) opção de compra ou faculdade de renovação reconhecida ao arrendatário; d) preço para opção de compra ou critério para sua fixação.

1999, 2.659, de 1999, e 3.175, de 2004) e Portarias do Ministério da Fazenda (Portarias do Ministério da Fazenda nºs 564, de 1978 e 140, de 1984).

¹⁵ BULGARELLI, Waldírio. *Op. cit.*, p. 353.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. "*Leasing* (arrendamento mercantil)", *Revista Forense*, v. 287. P. 09

4. TRÍPLICE OPÇÃO AO TÉRMINO DO CONTRATO

A grande característica distintiva do leasing se dá ao término do prazo fixado, quando diferentemente dos demais contratos (financiamento, alienação fiduciária etc.), o arrendatário terá uma tríplice opção: renovar, devolver ou adquirir. Como menciona MARCO ANTÔNIO IBRAHIM: *“...a cláusula potestativa que confere tríplice opção ao arrendatário é a verdadeira essentialia negotii, por isso que fundamental para a higidez jurídica do contrato de Leasing, dada sua tipicidade legal¹⁷”*.

5. ESTRUTURA DO PREÇO PAGO (CONTRAPRESTAÇÃO, VRG E VR)

Ensina JOSÉ F. L. MIRANDA LEÃO¹⁸, citado por ARNOLD WALD: *“...o preço do arrendamento mercantil não se sujeita ao valor do bem arrendado, mas decorre de uma equação financeira em que são considerados o valor de aquisição do bem, o custo do capital investido e o lucro esperado pelo arrendador. Esta somatória deve ser equivalente à soma das contraprestações devidas pelo arrendatário com o valor residual do bem.”*

Verifica-se, então, que, na composição do preço, são levados em consideração os seguintes aspectos: (a) valor de aquisição do bem; (b) custos de captação desses recursos; (c) despesas inerentes à operação; (d) depreciação do bem; (e) lucro da operação e (f) riscos do contrato.

Dessa forma, visando a cobrir o investimento e ainda proporcionar lucro, houvesse o valor pago pelo arrendatário em (1) contraprestação e (2) Valor Residual (VR), sendo aquela referente à locação do veículo e este ao valor a ser efetivamente gasto, ao término do contrato, caso haja a opção de adquirir o bem.

Ocorre que, em razão da alta depreciação sofrida pelos veículos, passaram as instituições arrendadoras a não mais recuperar o valor investido (pago antecipadamente à revendedora) na operação, quando os arrendatários não ficavam com o bem, o que acontecia pelo exercício da opção ao término ou quando houvesse inadimplência durante o cumprimento do contrato.

Consertando tal situação, foram editadas as Portarias MF n.º 564/78 e 184/84, seguidas pela Resolução 980/84 e, por fim, a Resolução

¹⁷ IBRAHIM, Marco Antônio. *Op. cit.*, p. 64.

¹⁸ LEÃO, José F. L. Miranda. “Leasing Financeiro”. Publicado no site <http://www.direitobancario.com.br>. Acesso em dez/2001.

2.309/96 do BACEN¹⁹, que estabeleciam uma nova espécie de valor residual, o chamado Valor Residual de Garantia (adiante denominado apenas VRG), justamente para esses casos em que o arrendatário não ficasse com o bem.²⁰

O que se estabeleceu, em verdade, foi uma nova função²¹ para o Valor Residual (VR), que passou a ser tanto o preço contratualmente estipulado para exercício da opção de compra (VR), quanto o valor contratualmente garantido pelo arrendatário, como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não ser exercida a opção de compra (VRG)²². Nesse caso, após a alienação (a um terceiro), o arrendatário pode ser chamado a “completar” o valor percebido na venda, até o montante garantido (VRG).

A distinção entre o VR (valor residual) e o VRG (valor residual de garantia) é óbvia na estrutura do contrato de leasing, já tendo, há bastante tempo, sido objeto de julgados proferidos por iterativa jurisprudência:

“(…) No contrato de leasing, o **valor residual** é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra enquanto o **valor residual garantido** é obrigação assumida pelo arrendatário, quando da contratação do arrendamento mercantil, no sentido de garantir que o arrendador receba, ao final do contrato, a quantia mínima final de liquidação do negócio, em caso de o arrendatário optar por não exercer seu direito de compra e, também, não desejar que o contrato

19 **BACEN: RES. 2.309/96: Art. 7.** Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, devendo conter, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas: VII - as despesas e os encargos adicionais, inclusive despesas de assistência técnica, manutenção e serviços inerentes a operacionalidade dos bens arrendados, admitindo-se, ainda, para o arrendamento mercantil financeiro: a) a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra; b) o reajuste do preço estabelecido para a opção de compra e o valor residual garantido.

20 Sobre o assunto, recomenda-se a leitura de excelente artigo publicado na **Revista de Direito do TJRJ** (v. 50, p. 63-70), de autoria do Magistrado Marco Antônio Ibrahim (“A diferença entre VRG e preço da opção de compra no contrato de *leasing* e sua descaracterização pela antecipação do valor residual”).

21 Adotando essa posição, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (“O contrato de *leasing* financeiro e as ações revisionais”, **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 2, item 32) e JUDITH MARTINS-COSTA (“Os contratos de leasing financeiro, a qualificação jurídica da parcela denominada Valor Residual Garantido – VRG e a sua dupla função: complementação de preço e garantia”, **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 49, p. 134).

22 “Encontra-se, assim, no valor residual, uma dupla função, pois a figura biparte-se funcionalmente, só se podendo especificar qual delas será atuada quando do exercício, pelo arrendatário, do direito formativo de escolha entre as alternativas “comprar o bem” ou “devolver o bem””. (JUDITH MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 134).

seja prorrogado.(...)” (STJ – 4ª Turma, REsp. 249.340/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 07.08.2000)²³

Também apontando a diferenciação assim escreveram MARCO ANTÔNIO IBRAHIM e SERGIO CAVALIERI FILHO:

“Enquanto o valor residual vinculado ao preço pela opção de compra se destina a complementar o retorno do capital investido pela arrendadora na hipótese de opção pela compra, o VRG, ao revés, é resíduo exigível quando a opção não for pela compra, mas pela extinção do contrato. Isto é, ao fim da locação²⁴.”

“... o VRG não se confunde com a opção de compra. Como se vê da sua própria definição normativa (Portaria nº 564/78 do Ministério da Fazenda), trata-se de uma forma de o arrendatário garantir ao arrendador uma quantia mínima de amortização do valor residual do bem, caso, no final do contrato, não renove o arrendamento nem exerça a opção de compra.²⁵”

E, ainda na mesma direção, a lição de JUDITH MARTINS-COSTA:

“Se o arrendatário opta por adquirir o bem, esse “resíduo” servirá para liquidar o valor da opção de compra, marcando, assim, a extinção da relação de leasing e o início da relação de compra e venda. Portanto, atua, nessa medida, não como garantia, mas como “o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra (Conforme Portaria MF 564/1978), já que, feita essa opção, o arrendatário paga a diferença entre o que já amortizou e aquilo que o contrato estabelece como parâmetro, podendo este ser o saldo não depreciado ou o preço do bem.

Se, diversamente, o arrendatário opta por devolver o bem, a arrendadora deverá vendê-lo. A venda do veículo a terceiros

²³ CONSTA DO VOTO: “Assim, a opção de compra é o direito potestativo do arrendatário de, ao final do contrato, consolidar em si o domínio e a posse indireta do bem, enquanto valor residual é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra, que deve constar expressamente do contrato (ou o critério para sua fixação), conforme prevê o art. 5º, d, da Lei 6.099/74”

²⁴ MARCO ANTÔNIO IBRAHIM, “A diferença entre VRG e preço da opção de compra no contrato de leasing e sua descaracterização pela antecipação do valor residual”, *Revista de Direito*, v. 50, p. 65.

²⁵ SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de direito do consumidor*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 191.

não cobrirá, normalmente, o desgaste no bem, já que os bens – ainda que de consumo durável – se desgastam pelo uso, podendo esse desgaste levar inclusive à sua “extinção” do ponto de vista econômico. Se for um automóvel, por exemplo, haverá, ainda, despesas com a guarda do veículo, seu conserto, o anúncio da venda e toda a atividade correlata à pretendida alienação. Conseqüentemente, a função do VRG será a de atuar como uma garantia de preço mínimo, ou caução em dinheiro, instituída em prol do arrendador em vista dos riscos da obsolescência, risco esse que é do arrendatário, bem como os derivados de eventual inadimplência e, ainda, os referentes às despesas correlatas à guarda e conservação, assegurando igualmente o lucro, móvel de toda e qualquer atividade mercantil, de modo que o arrendador receba, por fim, valor equivalente ao capital empregado para a obtenção do bem junto ao fornecedor, acrescido dos interesses financeiros correspondentes.”²⁶

Assim, verifica-se, com facilidade, a diferença existente entre opção de compra (VR) e a garantia de retorno do investimento (VRG), podendo-se concluir – ante a utilização de denominação comum - que há um valor residual com, no entanto, duas funções distintas.

6. QUESTÕES POLÊMICAS. AS VERDADES E AS MENTIRAS

6.1 Cobrança antecipada do Valor Residual – Solução final do E. Superior Tribunal de Justiça

De acordo com o que se acha estabelecido no art. 7º da Resolução nº 2.309/1996 do Conselho Monetário Nacional²⁷, não haveria qualquer vedação em se antecipar, total ou parcialmente os valores estipulados a título de VR.

²⁶ **JUDITH MARTINS-COSTA**, "Os contratos de *leasing* financeiro, a qualificação jurídica da parcela denominada Valor Residual Garantido – VRG e a sua dupla função: complementação de preço e garantia", **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 49, p. 133.

²⁷ "Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, contendo, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas: (...) **VII** – as despesas e os encargos adicionais, inclusive despesas de assistência técnica, manutenção e serviços inerentes à operacionalidade dos bens arrendados, admitindo-se ainda para o arrendamento mercantil financeiro: **a)** a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido, em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra; **b)** o reajuste do preço estabelecido para a opção de compra e o valor residual garantido (...);"

Todavia, voltando ao que foi afirmado quando da análise da natureza jurídica, pelo fato de a grande característica do contrato fundar-se na possibilidade da tríplice escolha pelo arrendatário²⁸, parte da doutrina passou a entender que o pagamento antecipado do VR terminaria por descaracterizar o contrato de *leasing*, vez que fustigava sua causa e principal razão de existência.

Defendendo a possibilidade da antecipação, posicionaram-se IVES GANDRA DA SILVA MARTINS²⁹, ITAMAR DUTRA³⁰, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO³¹, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO³² e NEIDE APARECIDA DE FÁTIMA RESENDE³³.

Em Março de 1999, a SDE/MJ³⁴ editou a Portaria n.º 03/99 que, em aditamento ao rol enunciativo dos incisos do artigo 51 do CPDC, dispunha, em seu item 15, sobre a nulidade das cláusulas que: *“Estabeleçam, em contrato de arrendamento mercantil (leasing) a exigência do pagamento antecipado do valor residual garantido (VRG), sem a previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem”*.

Com isso, restou aumentada a tendência jurisprudencial de não admitir a antecipação sem que com isso se demudasse o contrato para compra e venda parcelada. No Superior Tribunal de Justiça, à época, apenas os Ministros Carlos Alberto Direito³⁵ e Ari Pargendler³⁶ (ambos da

28 *“Fábio Konder Comparato, expondo entendimento diverso daquele que apresentara por ocasião de seu pioneiro estudo (in RT 389/7, publicado em 1968 e, portanto, antes da promulgação da Lei n.º 6.099/74) destaca que a verdadeira causa, o escopo permanente do negócio, em todos os casos é justamente essa alternativa deixada à escolha do arrendatário. É ela, como elemento in obligatione – e não apenas in executione – que diferencia substancialmente o Leasing de todos os demais negócios jurídicos típicos.”* (IBRAHIM, Marco Antônio. *Op. cit.*, p. 64).

29 MARTINS, Ives Gandra da Silva. “As operações de arrendamento mercantil e a natureza jurídica do instituto à luz do Direito Tributário” - Parecer, *Revista LTR*, v. 59, p. 312.

30 DUTRA, Itamar. *Leasing - perdas e danos*. Solivros, 1997, p. 21.

31 CARNEIRO, Athos Gusmão. “O contrato de *Leasing* financeiro e as ações revisionais”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, p. 30.

32 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “*Leasing*”, RT, 199, p. 155.

33 RESENDE, Neide Aparecida de Fátima. *O leasing financeiro no Código de Defesa do Consumidor*, Saraiva, 2001, p. 60.

34 Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

35 “1. A jurisprudência das Turmas que compõem a 2ª Seção, ressalvada a minha posição, firmou-se no sentido de que a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG) desqualifica o contrato de *leasing* para compra e venda, o que inviabiliza não só o deferimento de liminar, mas, também, a própria ação de reintegração de posse. 2. A descaracterização do contrato de *leasing* para compra e venda, tema devidamente prequestionado, conduz ao julgamento de extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido reintegratório, presente o art. 267, VI, § 3º, do Código de Processo Civil. 3. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ – 3ª T., REsp. 302.448-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.06.2001)

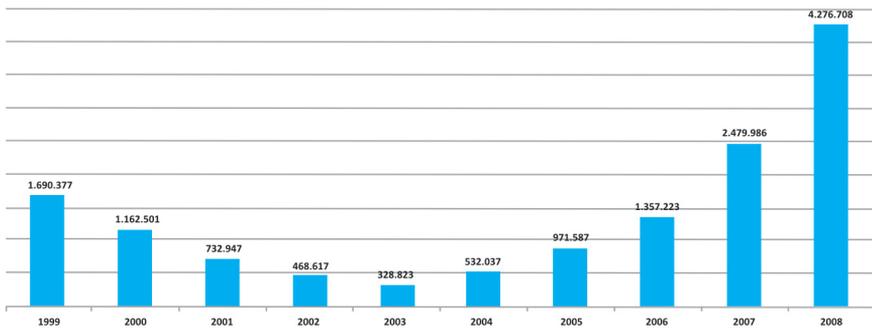
36 “Contrato de *leasing*. Valor residual de garantia. A cobrança antecipada do VRG não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil para compra e venda. Juros. Limitação. Nulidade. A disposição do Decreto 22.626/33,

3ª Turma) seguiam com posição dissonante, tendo sido, então, pacificada a questão no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 230.239-RS³⁷, que serviu, inclusive, como precedente para edição, em maio de 2002, da súmula n.º 263:

“A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”³⁸

Tal posicionamento, adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que obviamente se proliferou através das decisões dos Tribunais locais, fez com que o número de contratos sofresse uma queda vertiginosa (vide gráficos abaixo³⁹), o que levou as Instituições à interposição de centenas de recursos buscando a revisão do entendimento.

Número de Contratos (em milhões)



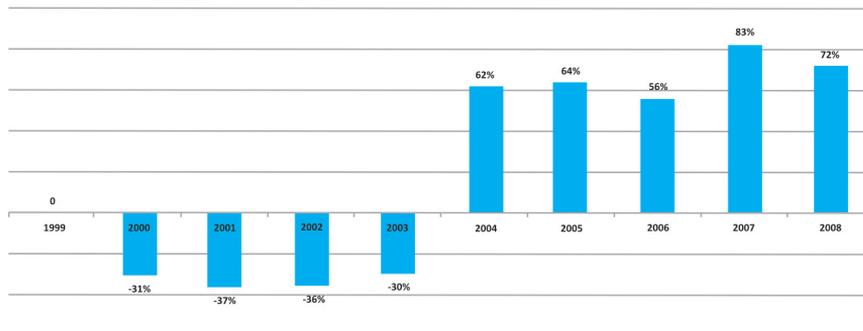
limitativa da taxa de juros, não se aplica às instituições financeiras, podendo aquela ser restringida por determinação do Conselho Monetário Nacional. Incidência da Súmula 596 do STF. Interpretação da Lei 4.595/64. (STJ – 3ª T., REsp. 164.918-RS, Relator p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, j. 03.08.2000)

37 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL E CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. “LEASING” FINANCEIRO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. DEMUDAÇÃO DO CONTRATO PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DO “VALOR RESIDUAL GARANTIDO”. Compra e venda a prestações. Art. 11, § 1º da lei n. 6.099/74. Item 15 da Portaria n. 3, de 19-03-1999, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Arts. 6º, I e 10 da Resolução n. 2.309, de 28-08-1996 do Banco Central do Brasil. Ausência de limitação de juros de 12% a.a. Legalidade dos juros contratuais pactuados. Súmula n. 168/STJ. - Pacificada a tese de que a obrigação contratual de antecipação do VRG - ou o adiamento “da parcela paga a título de preço de aquisição” - faz infletir sobre o contrato o disposto no § 1º do art. 11, da Lei 6.099/74, operando demudação, *ope legis*, no contrato de arrendamento mercantil para uma operação de compra e venda a prestação, com financiamento, cabe o indeferimento liminar de embargos de divergência, pela Súmula n. 168/STJ. - Há o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário. (STJ – 2ª Seção, AERESP 230.239-RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 23.05.2001)

38 São os seguintes os outros precedentes da súmula 263 do STJ: REsp. 172432-RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 16.11.1999; REsp. 181095-RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 09.08.1999; STJ – 3ª T., REsp. 196209-RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 09.11.1999; STJ – 4ª T., REsp. 196873-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 19.10.2000.

39 Dados fornecidos pela ABEL – Associação Brasileira das Empresas de Leasing.

Varição percentual em relação ao ano anterior



E, então, a discussão sobre a cobrança antecipada do VRG voltou à tona em maio de 2003, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial de nº 213.828/RS⁴⁰, no qual a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça afastou o uso da súmula 263, tendo sido a mesma cancelada pela 2ª Seção em agosto daquele ano, quando do julgamento dos Recursos Especiais de nº 443.143/GO e 470.632/SP. Assim, em maio de 2004, uma nova súmula, a de nº 293, foi editada, com o seguinte teor: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil⁴¹.”

Atualmente, não há mais campo para essa polêmica, já existindo, inclusive, Enunciados de Tribunais Estaduais⁴² sobre o tema.

6.2. Impossibilidade de Devolução do VRG antes da entrega do veículo

Já se verificou que, em alguns casos, os arrendatários manifestaram no curso do contrato a vontade de devolver o veículo ao término do período, isto é, antecipando o exercício de uma das escolhas possíveis e, com isso (mesmo na posse do veículo), pretendendo suspender o pagamento das parcelas

40 “Arrendamento Mercantil. Leasing. Antecipação do Pagamento do Valor Residual Garantido. Descaracterização da natureza contratual para compra e venda à prestação. Lei 6.099/94, Art. 11, § 1o. não ocorrência. Afastamento da Súmula 263/STJ. 1. O pagamento adiantado do Valor Residual Garantido - VRG não implica necessariamente antecipação da opção de compra, posto subsistirem as opções de devolução do bem ou prorrogação do contrato. Pelo que não descaracteriza o contrato de leasing para compra e venda à prestação. 2. Como as normas de regência não proibem a antecipação do pagamento da VRG que, inclusive, pode ser de efetivo interesse do arrendatário, deve prevalecer o princípio da livre convenção entre as partes. 3. Afastamento da aplicação da Súmula 263/STJ. 4. Embargos de Divergência acolhidos. (STJ – 2ª Seção – EREsp. 213.828/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 07/05/2003)

41 PRECEDENTES: EREsp. 213.828-RS, CE, j. 07/05/03; REsp. 163.845-RS, 3ª T., j. 15.06.99; REsp. 164.918-RS, 3ª T., j. 03.08.2000, REsp. 280.833-RO, 4ª T., 26.08.2003.

42 Enunciado nº 67 do TJRJ: “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) pelo arrendador não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil (LEASING).

vincendas do VRG e receber de volta aquelas anteriormente pagas.

Tal prática não está em conformidade com o pactuado e, muito menos, prevista na legislação de referência. Tendo se concluído pela licitude de ajuste contratual com cobrança de forma adiantada do VRG (o que se dá, normalmente, através de entrada e diluição do restante no mesmo número de parcelas da locação), a alteração em exame certamente violaria o princípio de que as partes devem respeitar *in totum* o pactuado, sem considerar que, por ter aceitado efetuar o adiantamento do VRG, o arrendatário acabou por negociar taxas de juros em patamares diferenciados⁴³.

Ponha-se em relevo que a questão não é tão simples. Mesmo antecipando o consumidor sua decisão de não ficar (no futuro) com o veículo, qual é a garantia existente de que cumprirá seu dever de devolver o bem? Existe, além de sua vontade, o fator imprevisível e, nesse lapso temporal, o veículo pode se envolver em acidente (deterioração) ou ser alvo de furto/roubo.

Nesse sentido têm sido as decisões do Superior Tribunal de Justiça:

“Agravado no recurso especial. Ação de restituição de valores de contrato de arrendamento mercantil. Devolução do VRG. - É possível a devolução do VRG, pago antecipadamente, após a resolução do contrato de arrendamento mercantil e desde que restituído o bem na posse da arrendante. Precedentes. Agravo não provido.” (STJ – 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andri ghi, AgRg no REsp. 960.532-RJ, j. 14.11.2007)⁴⁴

“... Não tem amparo legal algum, determinar, na ação de reintegração de posse, que seja feita a devolução antecipada do VRG, sendo certo que, reintegrada a arrendadora na posse do bem, deve ela providenciar a venda do mesmo no mercado. A partir daí é que se vai cuidar da devolução do VRG, tudo

43 “Considere-se, ainda (e isso pode ser comprovado por todos que tenham experiência própria em adquirir bens, por exemplo, automóveis, pelo sistema de leasing), que os custos operacionais mais baratos desse tipo de operação financeira são benéficos ao consumidor, que acaba tendo acesso a um crédito mais favorável do que as operações de financiamento normais. E é de tal monta essa vantagem que as prestações pagas pelos arrendatários, incluída a parcela do VTG, são menores que as parcelas de um simples financiamento bancário de mesmo valor e idêntico prazo” (STJ – 4ª Turma, EResp. 213.828, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira).

44 **No mesmo sentido:** STJ – 3ª Turma, REsp. 470.512/DF, Rel. Min. Castro Filho, j. 17/11/2003, STJ – 4ª Turma, AgRg no Ag 732.639/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15/5/2006, TJRJ – 5ª Câ m., Apel. 0020584-75.2008.8.19.0205, Rel. Des. Katya Monnerat. TJRJ – 16ª Câ m., Apel. 0009727-76.2008.8.19.0202, Rel. Des. Lindolpho de Moraes Marinho.

na dependência do saldo. A devolução determinada no curso da ação de reintegração, sem mais nem menos, contamina a própria estrutura do contrato de arrendamento mercantil... (STJ – 3ª Turma, REsp. nº 294.779, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 04.02.2002)

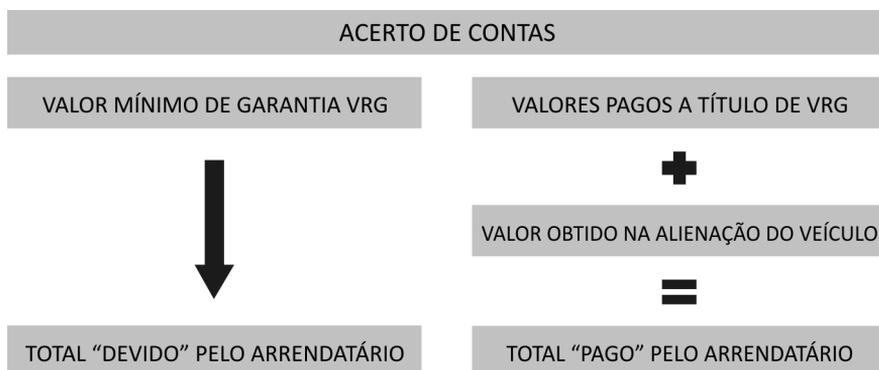
Conclui-se, então, que o ponto de partida para se tratar de eventual restituição de valores antecipados de VRG é a devolução do veículo à empresa arrendante.

6.3. Quando o VRG pode/deve ser devolvido

Estabelecida no item 5 *supra* a premissa de que o VRG não se confunde com opção de compra, passa-se a explicar em que momento e condições se torna possível a devolução dos valores adiantados pelo consumidor. Para tanto, faz-se necessária uma divisão de acordo com a situação do contrato, cumprido ou não cumprido (adimplente ou inadimplente), esclarecendo-se que o termo “cumprido” refere-se ao prazo estipulado para o término do contrato.

6.3.1. Contrato cumprido com todas as parcelas adimplidas

Terminado o contrato, deve o arrendatário, em caso de não optar por ficar com o bem, devolvê-lo à arrendadora e esta, na forma do contrato e da lei regente, alienar o veículo em leilão, com vistas a obter o maior valor possível. Feito isso, deve realizar-se o encontro das contas. De um lado o valor estipulado pelas partes como valor mínimo de garantia (que é o próprio VRG) e de outro a soma dos valores antecipados com o produto da venda do bem.



Sobre a questão, assim ensina ANTÔNIO FLAVIO LEITE GALVÃO:

“O raciocínio acerca da devolução do VRG antecipado não pode ser desenvolvido da maneira simplista, a exemplo de que vem sendo feito por alguns operadores de direito que assim pensam: o arrendatário, em razão da reintegração de posse, não adquiriu o bem, logo a empresa de ‘leasing’ deve lhe devolver referido VRG.

A esse raciocínio falta uma premissa: a operação de ‘leasing’, não é de mero arrendamento, mas, sim, de arrendamento mercantil financeiro.

Isso significa que a empresa de ‘leasing’ deve recuperar, no mínimo, o valor (atualizado) que despendeu (capital aplicado) para adquirir o bem indicado pelo arrendatário, acrescido das contraprestações mensais não pagas e, ainda, ser ressarcida das despesas, antes de a ele fazer a devolução de qualquer numerário, a que título for. (...)

Somente na hipótese em que a soma dos valores recebidos pela empresa de ‘leasing’ ultrapasse o montante dos valores por ela suportados para a realização da operação e sua posterior rescisão, é que deverá haver a devolução ao arrendatário da quantia que vier a sobejar.”⁴⁵

Nesse exato diapasão, a lição de MARCO ANTÔNIO IBRAHIM:

“Assim, se ao final do contrato a arrendatária optar pela devolução do bem arrendado, deverá aguardar que a empresa efetive a venda do bem. Se o valor da venda for inferior ao valor residual garantido (VRG) estipulado, a arrendatária ficará obrigada pela diferença entre este e o valor da venda, haja vista que é da essência do leasing financeiro a recuperação, pelo arrendador, da totalidade do capital empregado na aquisição do bem arrendado durante o prazo contratual da operação, e adicionalmente, obtenha um retorno sobre

45 ANTÔNIO FLÁVIO LEITE GALVÃO, "Leasing financeiro – VRG antecipado e sua devolução ao arrendatário no caso de reintegração de posse". *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Ano 8, n. 29, julho-setembro de 2005, p. 346.

*os recursos investidos. (art. 5º, inciso I do Anexo à Res. nº 2.309/96 do Banco Central)*⁴⁶”

Entendimento esse que encontrou aceitação em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷ e também nas Câmaras Cíveis do TJRJ:

“ (...) Nem se diga que o arrendatário, na hipótese de adiantamento do VRG, sofra prejuízo irreparável. Ao final do contrato, mesmo que não seja efetuado o referido adiantamento, deverá pagar à arrendadora a diferença entre o VRG e o valor obtido da venda do bem a terceiros, quando este for inferior àquele. Optando, entretanto, pela compra, já terá quitado a importância necessária, não precisando desembolsar qualquer valor.” (STJ – 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, REsp. 213.828/RS, DJU 26.03.2001)

“...só caberá devolução do valor residual garantido e consequente compensação se a quantia obtida com a venda do bem a terceiro for superior ao valor pago antecipadamente pelo arrendante.” (STJ – 3ª Turma, REsp. 373.674/PR, voto-vista da Min. Nancy Andrighi, j. 29.06.04)

Apelação Cível. Rito Sumário. Ação de Reintegração de Posse. Contrato de Arrendamento Mercantil. Rescisão do Negócio Jurídico. Pagamento antecipado do Valor Residual Garantido. Sentença que determinou a devolução do VRG pago antecipadamente pela demandada. Insurgência da arrendante neste tocante. Acolhimento de sua irrisignação diante das vicissitudes do contrato de arrendamento mercantil. Pagamento antecipado do Valor Residual Garantido que possui efeito de garantia de ressarcimento ao arrendante do valor despendido para a aquisição do bem, para que ao final do contrato receba a quantia mínima final de liquidação do negócio. De tal forma, impõe-se a devolução do Valor Residual Garantido no que sobejar da venda do

46 MARCO ANTÔNIO IBRAHIM, "A diferença entre VRG e preço da opção de compra no contrato de *leasing* e sua descaracterização pela antecipação do valor residual", **Revista de Direito**, v. 50, p. 65.

47 Ainda sobre o ponto, confira-se trecho do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 373.674/PR: "Com efeito, observando o voto vencedor proferido pelo e. Min. Edson Vidigal no julgamento do REsp nº 213.828, pela Corte Especial, verifica-se que a eventual devolução da quantia paga, antecipadamente, a título de valor residual garantido dependerá do valor obtido com a venda do bem."

objeto do contrato. Recurso a que se dá provimento. (TJRJ – 8ª Câ., Apel. 0006202-22.2009.8.19.0212, Rel. Des. Luiz Felipe Francisco, j. 08.02.2011)

Apelação Cível. Reintegração de Posse. Arrendamento Mercantil. Pedido Contraposto. Devolução do VRG em razão da rescisão do contrato. Possibilidade. Necessidade de reforma parcial da sentença. (...) 4. O contrato de leasing confere ao arrendatário três possibilidades ao final do ajuste: a devolução do bem, extinguindo-se a relação contratual, sua compra ou a sua renovação. 5. O valor residual garantido é para assegurar a importância que o bem deverá ter no fim do contrato, já previamente estabelecido pelas partes, a fim de perfazer o preço final de aquisição do mesmo, pago de forma acoplada e diluída às prestações periódicas. 6. Tendo em vista que com a rescisão do contrato, extirpa-se do arrendatário seu direito a uma manifestação futura de intenção de compra do bem, deve ser devolvido o valor pago a título de VRG. Precedentes do STJ. 7. Necessidade de se ressaltar o entendimento adotado pelo voto vencedor proferido pelo e. Min. Edson Vidigal quando do julgamento do Resp nº 213.828, pela Corte Especial, no sentido de que somente será possível a devolução do VRG quando o valor obtido com a venda do bem a terceiro for igual ou superior a quantia paga antecipadamente pelo arrendatário. 8. Desprovimento do recurso.so. (TJRJ – 8ª Câ., Apel. 0002742-77.2008.8.19.0045, Rel. Des. Monica Di Piero, j. 29.03.2011)

“Apelação – Arrendamento Mercantil. Rescisão do contrato – Devolução do VRG pago antecipadamente. Impossibilidade. Sendo o VRG uma garantia de renda mínima dada ao arrendante pelo arrendatário, caso não ocorra a opção da compra, somente após a venda do bem a terceiros é que se poderá aferir a existência de eventual crédito ou débito em favor ou em prejuízo do arrendatário.” (TJRJ – 13ª Câ., Apel. 2003.001.36649, Rel. Des. José de Samuel Marques, j. 18.02.2004)⁴⁸

48 **Constando do voto a seguinte fundamentação:** “O VRG (Valor Residual de Garantia), como o próprio nome diz, tem por finalidade garantir ao arrendante, ao final do contrato, caso não seja exercida a opção de compra, que este adefira uma quantia mínima, resguardando-se de eventuais prejuízos. Como é sabido, os bens arrendados sofrem o desgaste natural do uso e a depreciação pelo decurso do tempo, os quais, tratando-se de automóvel, são por demais

Nos casos em que o contrato é cumprido até o seu final, terá o arrendatário pago, invariavelmente, todo o valor estipulado como garantia (VRG) e, portanto, receberá como devolução o valor auferido com a alienação do veículo. Essa é a forma prescrita no contrato e deverá ser respeitada. Entender de maneira diversa, ou seja, devolver ao consumidor o valor total antecipado e deixar a empresa arrendante com o produto da alienação seria por demais perverso, vez que, lembre-se, a empresa investiu (pagando à vendedora do veículo) o valor do bem na data do início do contrato e, por isso, não poderia recebê-lo, muitos meses depois, totalmente depreciado (pelo tempo).

Explica-se a questão através do seguinte exemplo (com valores reais retirados da Tabela FIPE⁴⁹): Em abril de 2006, Caio celebrou contrato de leasing com o Banco XYZ, tendo como objeto um veículo Volkswagen Gol City, Mi, TotalFlex, zero Km. Para tanto, o Banco pagou à loja de veículos o preço do bem, R\$ 26.180,00, e o arrendatário comprometeu-se a pagar 60 parcelas mensais acompanhadas da antecipação do VRG (60 vezes 1/60 do valor do veículo, ou seja, R\$ 436,33). Caio cumpriu o contrato e, ao longo dos 5 anos, pagou todas as parcelas, mas, ao término do contrato, em abril de 2011, optou por devolver o veículo à empresa e receber de volta todos os valores pagos pela antecipação do VRG. Ocorre que, em abril de 2011, o veículo não vale mais o valor pago pela Arrendante e sim R\$ 18.476,00. Some-se a isso o fato (notório) de que nos leilões os veículos sofrem depreciação de 20 a 40%. Assim, utilizando-se uma perda média de 30%, o valor auferido na venda seria de R\$ 12.933,20, ou seja, bem distante do investimento inicial.

	INVESTIMENTO	RECUPERADOS
Valor do veículo (valor do VRG)	R\$ 26.180,00	
VRG pago durante o contrato		R\$ 26.180,00 (60 x R\$ 436,33)
Valor recuperado (leilão do carro)		R\$ 12.933,20
RESULTADO DA OPERAÇÃO	(-) R\$ 13.246,80	

E, por fim, não se diga que tal depreciação é calculada como custo do investimento e inserida no valor das parcelas da locação pois, como se

acentuados. No presente caso, a sentença determinou, de plano, a devolução do VRG ao arrendatário diante da rescisão do contrato, entendimento este que não pode prosperar sem agredir a própria natureza do instituto, o qual visa, repita-se, a garantir ao arrendante uma quantia mínima por eventual desvalorização ou desgaste do bem. (...) Conforme se vê, somente com a venda efetiva do veículo a terceiros, por preço superior ao VRG pactuado, é que poderá auferir o arrendatário algum crédito pela soma paga, antecipadamente, a título de VRG."

49 <http://www.fipec.org.br/web/index.asp?aspx=/web/indices/veiculos>.

sabe, além do baixo custo (talvez uma das operações com menores taxas do mercado) aquelas remuneram, tão somente, o custo (financeiro) do empréstimo, vez que se trata de leasing financeiro⁵⁰.

6.3.2. Contrato resolvido antes do prazo estipulado

Por vezes, o arrendatário não consegue cumprir sua obrigação contratual até o fim, tornando-se inadimplente ou, mesmo estando em dia com as parcelas, decide encerrar o contrato e devolver o veículo ao arrendador antes do prazo.

Quando isso ocorre, na mesma forma do que foi exposto no item anterior, o bem é reintegrado ao arrendante, que deverá vendê-lo a quem oferecer o melhor preço (leilão) e, então, após a transformação do bem recuperado em dinheiro, passa-se à fase da “prestação das contas” com o intuito de averiguar-se a existência de crédito ou dívida do arrendatário.

“... Não tem amparo legal algum, determinar, na ação de reintegração de posse, que seja feita a devolução antecipada do VRG, sendo certo que, reintegrada a arrendadora na posse do bem, deve ela providenciar a venda do mesmo no mercado. A partir daí é que se vai cuidar da devolução do VRG, tudo na dependência do saldo. A devolução determinada no curso da ação de reintegração, sem mais nem menos, contamina a própria estrutura do contrato de arrendamento mercantil...”

(STJ – 3ª Turma, REsp. nº 294.779, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 04.02.2002)

Nesse caso, considerado o aspecto econômico, se de um lado o veículo ainda possui valor maior do que o previsto ao término do contrato (pelo menor interregno entre aquisição e devolução), de outro, o valor do VRG não terá sido quitado, justamente por existir parcelas em aberto. Surgem, então, situações absurdas a justificar a máxima cautela na análise da questão.

Utilize-se, como exemplo, precedente proveniente de ação tramitada no XXVII JEC da Comarca da Capital do Rio de Janeiro⁵¹, em que o Autor celebrara, em 16 de março de 2010, um contrato de *leasing* de

⁵⁰ Nesse sentido, vide o RE 592.905/SC, Rel. Min. Eros Grau.

⁵¹ Processo nº 0083449-62.2011.8.19.0001.

um veículo avaliado em R\$ 33.300,00⁵² (valor pago à loja) cujo preço foi parcelado da seguinte forma: (i) R\$ 8.000,00 de adiantamento do VRG; (ii) 60 parcelas mensais de R\$ 491,83 e, (iii) 60 parcelas mensais de R\$ 421,66 a título de adiantamento do VRG. Nesse caso, o VRG, semelhante ao valor do veículo, foi fixado em R\$ 33.300,00 (soma dos itens i e iii). Alegando problemas particulares, o consumidor pagou apenas a primeira parcela e somente veio a devolver o veículo em janeiro de 2010, tendo o mesmo sido leiloado e, em razão do estado no qual se encontrava⁵³, alcançou apenas o valor de R\$ 16.971,91⁵⁴.

A conta, simplificada pela ausência das atualizações monetárias, é a seguinte:

	INVESTIMENTO	RECUPERADOS
Valor do Veículo = VRG (vide contrato)	R\$ 33.300,00	
VRG pago à vista (vide contrato)		R\$ 8.000,00
VRG pago durante o contrato		R\$ 421,66 (1 x R\$ 421,66)
Parcela paga durante o contrato		R\$ 491,83 (1 x R\$ 491,83)
Valor recuperado com leilão do carro		R\$ 16.971,91
RESULTADO DA OPERAÇÃO	(-) R\$ 7.414,60	

Mas, assim como se verifica usualmente nas ações promovidas em face das empresas arrendantes, o arrendatário pretendia desmontar a estrutura do contrato assinado e receber de volta os valores pagos a título de adiantamento do VRG. Nesse caso a conta seria a seguinte:

	INVESTIMENTO	RECUPERADOS
Valor do veículo (vide contrato)	R\$ 33.300,00	
Parcela paga durante o contrato		R\$ 491,83 (1 x R\$ 491,83)
Valor recuperado com leilão do carro		R\$ 16.971,91
RESULTADO DA OPERAÇÃO	(-) R\$ 15.836,26	

E, como o valor recuperado no leilão do carro foi pago pelo novo adquirente, forçosamente se conclui que, caso fosse adotada a absurda tese de devolução do VRG, pelo simples fato do não exercício da opção de compra, o consumidor teria pago a bagatela de R\$ 491,83 para ficar no uso e posse do veículo durante longos 10 meses, equivalente a menos de R\$ 50,00 mensais como despesa pelo uso do carro.

⁵² Pela Tabela FIPE, o veículo valia, na época, R\$ 32.577,00.

⁵³ Amassado na porta e com arranhões no para-choque.

⁵⁴ Pela Tabela FIPE, o veículo valia, na época, R\$ 30.814,00. Com a usual desvalorização de 40%, chega-se ao valor de R\$ 18.488,00.

Talvez, pela frieza dos números, se consiga demonstrar que, conforme já reconhecido de modo expresso pelo E. STJ⁵⁵, a natureza do VRG não é exclusivamente de antecipação da opção de compra do bem, ostentando – de acordo com a destinação do veículo - natureza diversa, de garantia de recebimento de um valor mínimo para evitar significativo prejuízo da arrendadora com a operação.

6.4. O VRG como forma de pagamento (compensação) do saldo devedor

Se de um lado há enorme controvérsia e dificuldade para se entender e aceitar que o VRG possui função garantidora, de outro, não há qualquer dúvida em classificá-lo como forma de pagamento, lembrando-se que, para a maioria dos operadores do direito, o VRG seria sinônimo de opção de compra (numa clara confusão conceitual com o VR – Valor Residual⁵⁶).

Assim, quando o contrato não chega ao seu fim em razão de descumprimento da obrigação pelo arrendatário, gerando débitos referentes às parcelas mensais, tal valor (crédito da empresa arrendadora) deve ser abatido do montante arrecadado a título de VRG.

Tal entendimento encontra amparo em pacificada jurisprudência do STJ.

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. VRG. DEVOLUÇÃO OU COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. IMPROVIMENTO. I. Com a resolução do contrato e a reintegração do bem na posse da arrendadora, possível a devolução dos valores pagos a título de VRG à arrendatária

55 “Após o término do pagamento das parcelas, tem o arrendatário a opção de comprar o bem, tendo que pagar o Valor Residual previamente estabelecido. Se ele não quiser optar pela compra, nem renovar o contrato, **deve devolver o bem ao arrendador, que terá como uma garantia mínima por parte do arrendatário o Valor Residual Garantido, na venda do bem a um terceiro.** Assim, se o bem for vendido por um preço equivalente ao VRG, nada se tem a acertar; caso vendido por um valor inferior, deverá o arrendatário pagar a diferença à arrendadora. (...) A antecipação do pagamento do valor residual não implica necessariamente na opção de compra, haja vista que, se no término do contrato, o arrendatário não se interessar pela compra, por se encontrar o bem com tecnologia superada ou por qualquer outro motivo, terá a quantia devolvida ou não, de acordo com o preço que o bem for vendido a um terceiro. Caso vendido pelo mesmo valor do VRG ou por preço superior, será totalmente devolvido ao arrendatário o valor do VRG por ele antecipado; caso vendido por valor inferior, receberá o arrendatário apenas a diferença.” (STJ - Embargos de Divergência em REsp. 245.704/RS, Relator para acórdão Ministro Edson Vidigal, DJ de 29.9.2003)

56 “Grande parte das dúvidas relativas ao VRG advém da confusão entre as hipóteses de “depósito de valor residual” e “opção de compra”. Trata-se, contudo, de figuras diversas, havendo, por igual, distinção funcional “interna” à figura denominada “valor residual”, distinção que opera caso o arrendatário opte pela aquisição do bem ou por sua devolução” (JUDITH MARTINS-COSTA, “Os contratos de *leasing* financeiro, a qualificação jurídica da parcela denominada Valor Residual Garantido – VRG e a sua dupla função: complementação de preço e garantia”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 49, p. 132).

ou sua compensação com o débito remanescente. Precedentes. II. Agravo improvido. (AgRg. no REsp. 601.175/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 29.06.2006, DJ 04.09.2006 p. 274)⁵⁷.

6.5. Argumentação equivocada de ocorrer enriquecimento sem causa dos arrendantes nos casos de retenção do VRG

É muito comum encontrar decisões que determinam a devolução do VRG escoradas na seguinte fundamentação:

“... se o consumidor pagava o VRG de modo adiantado e, independentemente da motivação, não vai ficar com o veículo, que foi devolvido ao Banco, nada mais natural que o recebimento desses valores, sob pena de enriquecimento sem causa da Instituição Financeira...”

Essa, talvez, seja a maior de todas as falácias. O argumento é simplista e não se sustenta diante da análise técnica do contrato e da correta configuração da função do VRG.

Como já se demonstrou, o VRG não possui a exclusiva função de “antecipação da opção de compra”, devendo ser, também, entendido como garantia de valor mínimo a ser recebido caso o arrendatário não fique com o veículo⁵⁸.

As conclusões do parágrafo acima, somadas aos exemplos descritos nos itens 6.3.2 e 6.3.3, já servem para demonstrar que o enriquecimento seria do arrendatário, uma vez que o mencionado argumento, em verdade, incentiva o descumprimento do contrato, tendo em vista que, após a retomada do bem, será, ainda, ao arrendatário restituído o valor do VRG. Evidente, pois, que, durante o período de uso e gozo do bem, terá pago apenas a parcela relativa à contraprestação, o que tornaria o *leasing* um

57 **Nesse mesmo sentido:** TJRJ - 3ª Câ., Apel. 0004631-73.2008.8.19-0075, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves, j. 03.12.2010; TJRJ - 4ª Câ., Apel. 0001570-96.2006.8.19-0069, Rel. Des. Monica Tolledo, j. 13.10.2009; TJRJ - 9ª Câ., Apel. 0056405-30.2006.8.19-0038, Rel. Des. Roberto Abreu, j. 06.11.2009; TJRJ - 17ª Câ., Apel. 0002627-29.2009.8.19-0075, Rel. Des. Marcia Alvarenga, j. 13.05.2010; TJRJ - 18ª Câ., Apel. 0015847-20.2008.8.19-0208, Rel. Des. Leila Albuquerque, j. 08.09.2010; TJRJ - 19ª Câ., Apel. 0010024-74.2008.8.19-0205, Rel. Des. Denise Levy Tredler, 31.08.2009.

58 “O Valor Residual Garantido – VRG não se confunde com Opção de Compra, ao contrário: pelo fato de a compra ao final do contrato ter caráter opcional para o arrendatário, sendo portanto um evento incerto, o VRG é uma forma de o arrendatário garantir ao arrendante que este, caso não seja exercida a referida opção, auferirá certa quantia mínima.” (JORGE R. G. CARDOSO, “Aspectos controversos do arrendamento mercantil”. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, n. 5, São Paulo: RT, ou-dez. 1993)

contrato de aluguel sem prazo determinado e de custo bastante inferior ao praticado por outro modo de financiamento.

E, sobre a demonstração de que não ocorre tal “lucro indevido”, assim leciona ANTONIO FLÁVIO LEITE GALVÃO:

“Apesar de não ser do gosto dos advogados e de, até mesmo, parecer não ser de boa técnica processual, não há como deixar de se fazer essa demonstração em Juízo, caso a caso, sob pena de o arrendamento mercantil financeiro ser visto como uma autêntica “caixa preta” que, intencionalmente, não é aberta para encobrir indevido lucro da empresa de leasing que, duplamente, se beneficia da anormal situação de rescisão contratual, ou seja, com a reintegração de posse (retomando o bem) e com a apropriação do VRG antecipado (não o devolvendo), quando, no mais das vezes, inexistente, na realidade, tal lucro, havendo sim, prejuízo com o inadimplemento do contrato, eis que, sequer o valor de custo/aquisição do bem, acrescido das contraprestações mensais não pagas até a data da reintegração de posse e das despesas, é recuperado.”

Outro argumento bastante explorado pelos arrendatários é o de que o veículo “voltou ao patrimônio do arrendador”. Este, com o devido respeito àqueles que o utilizam, não resiste a um singelo raciocínio, pois, a uma, o veículo nunca saíra do patrimônio da Instituição Financeira, que figurava como proprietária-locadora e, a duas, o veículo obrigatoriamente deixará o patrimônio da arrendadora por causa da obrigatoriedade de levá-lo a leilão, para posterior “prestação de contas”.

O que não pode ser desconsiderado – sob pena de equivocada inversão de papéis - é o fato de que a Instituição Financeira cumpre com sua obrigação, de forma integral, no início do contrato, quando adquire (pagando o preço à revendedora) o veículo escolhido pelo arrendatário e, que o problema referente ao VRG somente se dá quando este rompe o acordado e deixa de cumprir a sua única obrigação: pagar as parcelas do contrato até o seu término.

SÍNTESE E PROPOSIÇÕES

Tendo passado pelas questões históricas, conceito, natureza jurídica, formas de efetuação, fases, estrutura de preço e, ainda, analisado as questões mais polêmicas acerca do VRG, finaliza-se o presente artigo com

a proposição das seguintes VERDADES e MENTIRAS:

MENTIRAS:

A antecipação do pagamento de VRG desconfigura o contrato e o transforma em simples compra a prazo.

A restituição dos valores adiantados a título de VRG é consequência lógica da devolução do veículo à empresa arrendante.

A empresa arrendante enriquece imotivadamente quando recebe de volta o veículo e não retorna os valores percebidos como VRG adiantado.

VERDADES:

O VRG não se confunde com a opção de compra⁵⁹.

O VRG possui a natureza de garantia de retorno e se constitui em elemento ínsito ao equilíbrio do contrato, pois, se de um lado assegura ao arrendador o recebimento de um valor previamente ajustado com o arrendatário, de outro dá a este último a garantia de que nada mais lhe será cobrado, ao final do contrato, acaso opte pela aquisição do bem.

Eventual devolução de VRG somente poderá ser paga após alienação e “acerto de contas”.

São nulas as cláusulas que estipulam a “perda” dos valores pagos a título de VRG, devendo as referidas quantias servir como parte do pagamento do preço em caso de escolha (do arrendatário) pela aquisição do bem, ou, serem utilizadas no “acerto de contas”.

É possível a compensação dos valores pagos a título de VRG com o débito remanescente do contrato”.⁶⁰

CONCLUSÃO

Ante o exposto e, diante das complexidades e peculiaridades do assunto, fica a certeza de que o mesmo vem sendo incorretamente analisado por grande parte da jurisprudência pátria, que insiste em considerar

59 A Res. 2.309/96 do BACEN, em seu art. 5º, inciso I, define o arrendamento mercantil financeiro como aquele em que “as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos”. O inciso III do mesmo artigo estabelece que “o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado”. Já o art. 7º, inciso VII, letra a, do mesmo normativo deixa claro que é possível estabelecer “a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra”. Por fim, a portaria nº 564, de 1978, do Ministério da Fazenda, estabelece o Valor Residual Garantido como “preço contratualmente estipulado para exercício da opção de compra, ou valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não ser exercida a opção de compra”.

60 AgRg no AG 960.513/RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 9.12.2008.

o VRG unicamente como opção de compra, olvidando-se de que o arrendamento mercantil é financeiro e, justamente por isso, o VRG desempenha também função de garantia de retorno.❖

Tag Along: Uma Análise à Luz da Escola do Realismo Científico

Jorge Lobo

Mestre em Direito da Empresa pela UFRJ, Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial pela UERJ, Procurador de Justiça (aposentado) MP-RJ.

“Não é desde o início que os Deuses revelam tudo aos mortais. Mas, com o correr do tempo, descobrimos, procurando, o melhor”. (Xenófanes)

I – O MITO

1. O *tag along* visa à proteção aos minoritários na alienação de controle de companhia aberta¹.

2. Este é o mito; a realidade, todavia, é outra, como veremos ao final; antes, porém, cumpre (a) dissertar sobre o ágio, o *tag along* e a OPA, (b) recordar a profunda e interminável divergência a respeito do direito ao ágio e a propósito do *tag along* na doutrina, na jurisprudência e nas legislações pátria e alienígena, e (c) esclarecer que sigo, neste estudo, a Escola do Racionalismo Científico e perfilho a lição do maior filósofo da ciência do século XX, Sir. Karl Popper, que ensinou: “Só há um elemento de racionalidade nas tentativas de conhecer o mundo: o exame crítico das teorias. Elas, em si, são conjecturas. Não sabemos, apenas conjecturamos. Se me perguntassem: ‘Como você sabe? Não sei, só conjecturo. Se vocês estiverem interessados em meu problema, ficarei muito contente se criticarem minha conjectura; se me oferecerem contrapropostas, tentarei criticá-las’”².

1 Tratarei, apenas, do *tag along* na cessão e transferência de controle majoritário nas companhias abertas. Sobre a alienação de controle minoritário, leia-se o estudo “Transferência de controle nas companhias sem controlador majoritário”, de Eduardo Secche Munhoz, in **Poder de Controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais**, coordenado por Rodrigo R.M. de Castro e Luiz A.N.M. Azevedo, 1ª. ed., São Paulo: Quartier Latin, p. 317 e segs.

2 **Textos Escolhidos Popper**, Ed. PUC Rio, 2010, 1ª ed., p. 30.

II – NOÇÕES FUNDAMENTAIS

A – Ágio

3. A LSA trata do ágio no art. 13, § 2º, que disciplina a emissão de ações nominativas de companhias abertas e fechadas com ágio, fixando, taxativamente, a sua destinação: o montante total do ágio nas emissões de ações constituirá reserva de capital (art. 182), e, também, no artigo 254-A, que regula a OPA obrigatória, eis que pressupõe haver embutido no preço das ações de controle um ágio ou prêmio. Neste trabalho, vou dissertar apenas sobre o ágio na OPA obrigatória.

4. Nas companhias abertas com ações negociadas no mercado de valores mobiliários, o preço das ações ordinárias de propriedade dos minoritários e das ações preferenciais é fixado nos pregões diários da BMF&BOVESPA, e por isso se diz que ele corresponde ao valor bursátil ou de mercado da ação.³

5. O preço das ações ordinárias integrantes do bloco de controle, entretanto, é estabelecido com base no valor econômico da ação, calculado, em geral, em função das perspectivas de rentabilidade da companhia⁴.

6. Note-se, porém, que, quando se trata de alienação do controle acionário de companhia aberta, ao preço das ações dos controladores, adiciona-se, em regra⁵, um ágio ou sobrevalor ou sobrepreço ou prêmio (de controle), que o adquirente se dispõe a pagar para passar a deter a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores e de gerir os negócios sociais, o que levou o emérito Fábio Konder Comparato a licionar: “... o que se transfere numa cessão de controle não é um bloco de ações, e sim o poder de dominação e disposição de uma empresa.”⁶

3 “Indicador usado para medir o valor de mercado de todos os ativos cotados em uma determinada bolsa de valores. É calculado somando-se o valor de mercado de cada ação, obtido como o resultado da multiplicação do número de ações pela cotação de fechamento no período desejado. No caso da BOVESPA, a bolsa paulista divulga informações com periodicidade diária, semanal e mensal, tanto em reais como em dólares norte-americanos”. (www.igf.com.br/aprende/glossario/glo-Resp.aspx?id=549 – Glossário Financeiro do IGF {intelect gerenciamento financeiro}).

4 A propósito das noções de valor patrimonial, valor de mercado e valor econômico da companhia, leia-se o excelente estudo “Reflexões sobre o direito de recesso na LSA”, de autoria do Prof. Francisco Antunes Maciel Müssnich, in *Reforma da LSA*, por mim coordenado, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 287 e segs.

5 Há séria discussão se a venda de controle sem ágio gera o direito de saída conjunta conforme bem exposto por Marcos Andrey de Sousa, “O direito de saída conjunta e os preferencialistas”, in *Sociedade Anônima*, coordenado por Rodrigo R. M. de Castro e Leandro S. de Aragão, Quartier Latin, 1ª ed., p. 285/286.

6 *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo, Saraiva, 1983, 3ª. ed., p. 226.

B – *Tag along*

7. No Brasil, os minoritários de companhias abertas⁷ têm o direito de saída conjunta ou simultânea (*tag-along rights* ou *co-sale rights*)⁸ e o direito de receber 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto integrante do bloco de controle por força da norma jurídica do art. 254-A da LSA.

C – OPA

8. Há duas espécies de oferta pública de aquisição de ações (OPA): a OPA obrigatória, imposta pelos arts. 254-A da LSA e 2º, III, da Instrução CVM nº 361, de 2002, que garante aos minoritários o *tag along*⁹, e a OPA voluntária, prevista nos arts. 257 da LSA e 2º, V, da Instrução CVM nº 361, de 2002, que visa à tomada hostil ou contra a vontade dos controladores do comando de companhia aberta.

III – DIREITO AO ÁGIO

9. No país e no exterior, três correntes de opinião se formaram acerca do beneficiário ou credor do ágio: uma proclama que o ágio pertence exclusivamente aos controladores; outra, que o ágio deve ser partilhado entre controladores e minoritários; a terceira, que o ágio deve ser rateado entre todos os acionistas da companhia aberta.

A) Direito ao ágio na doutrina

(a) O ágio pertence exclusivamente aos controladores

10. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira declararam, a propósito do valor econômico do bloco de controle de companhia aberta:

7 Não se justifica a distinção feita pelo art. 254-A da LSA entre companhias abertas e fechadas — além da odiosa distinção entre minoritários e preferencialistas —, eis que as fechadas são as que mais necessitam do *tag along* devido à absoluta falta de liquidez de suas ações, conforme ressaltado na crítica contundente de Mauro Rodrigues Penteado, in “Apontamentos sobre a alienação de controle de companhias abertas”, **RDM**, 1989, out.-dez., nº 76, p. 17 e segs.

8 “*Tag-along or co-sale rights — the right of an investor to require other shareholders (usually founders or majority shareholders) who desire to sell their shares to a third party to require, as a condition to such sale, the third party to also purchase the investors shares for the same price per share.*” (Kenneth J. Lebrun, Penn Law “University of Pennsylvania Law School” — [http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume_23/issuez/lebrun23u.pa.int'lecon.l.213\(2002\)-PDF#SEARCH=%22tag%22](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume_23/issuez/lebrun23u.pa.int'lecon.l.213(2002)-PDF#SEARCH=%22tag%22)).

9 Cfr. Roberta Nioac Prado, in **Oferta Pública de Ações Obrigatória nas S.A.**, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 96 e segs.; o meu livro **Direitos dos Acionistas**, São Paulo, Campus, 2011, p. 26 e segs., e Carlos Augusto da Silveira Lobo, “Alienação de Controle de Companhia Aberta”, in **Direito das Companhias**, coordenadores Alfredo Lamy Filho e J.L.Bulhões Pedreira, Forense, 2009, p. 1998 e segs.

(1º) “... toda economia de mercado atribui valor econômico ao controle da companhia, independentemente do valor unitário das ações, que o asseguram”;

(2º) “... o valor das ações resulta do direito que confere de participação nos lucros e no acervo líquido da companhia, enquanto que o controle decorre do poder de determinar e definir suas políticas...”;

(3º) “o Anteprojeto reconhece a realidade do poder do acionista controlador para atribuir-lhe responsabilidades próprias, dos quais não participam os acionistas minoritários”, e,

(4º) “... seria, pois, incoerente se se, pretendesse, para efeitos de transferência desse poder, negar a sua existência e proibir o mercado de lhe atribuir valor econômico.”¹⁰

11. Fábio Konder Comparato¹¹, embora admitindo que, na venda das ações de controle, a tendência dos países desenvolvidos é garantir tratamento equitativo aos acionistas de igual categoria:

(1º) declarou-se contrário à partilha do ágio entre todos os acionistas,

(2º) pôs em dúvida as causas que legitimariam os não controladores “pretender essa igualdade de status com os titulares do controle, se, àqueles, não se atribuem, em estrita lógica, os mesmos deveres e responsabilidades inerentes ao exercício do poder de comando na empresa”¹², e,

(3º) propôs que a lei garantisse aos não controladores o direito de acesso pelo valor contábil de suas ações e a criação de normas para reprimir o *insider trading* praticado por diretores ou controladores da companhia e pessoas a eles ligadas¹³.

12. Luiz Leonardo Cantidiano asseverou que, em princípio, os minoritários e preferencialistas não têm direito ao ágio, por isso não há falar em OPA, ressalvando, entretanto, que será indispensável a OPA se a transferência do controle objetivar a extinção da companhia através de cisão total, fusão ou incorporação.”¹⁴

10 “Fundamentos da Reforma das S/A”, **AEDE- SBERJ**, Rio de Janeiro, 1976, 1ª ed., p. 22-23, *apud* Mauro Rodrigues Penteado, “Apontamentos sobre a alienação do controle de companhias abertas”, **RDM**, ano XXVIII, 1989, v. 76, p. 17.

11 **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 253-258.

12 Ob. cit., p. 258.

13 *Idem*, p. 261.

14 “Alienação e aquisição de controle”, **RDM**, ano XXIV, 1985, nº 59, p. 62.

13. Roberta Nioac Prado, em sua primorosa monografia “Oferta Pública de Ações Obrigatória nas SA”, afirmou: “...*significando a alienação uma simples mudança de controlador, não entendo que deva haver oferta pública a nenhum acionista, seja ele ordinário ou preferencial. (...)*”¹⁵

14. Nos EUA, prevalece a opinião de que somente os controladores fazem jus ao prêmio de controle¹⁶, salvo se caracterizada fraude ou atos de má-fé, eis que, consoante Lewis D. Solomon e Alan R. Palmiter, “*a regra geral é a de que os acionistas podem vender suas ações pelo preço que conseguirem, incluído neste o prêmio não disponível aos outros acionistas. Os acionistas controladores não precisam dividir esse prêmio*”¹⁷.

14.1. Para Easterbrook e Fischel,¹⁸ os minoritários não se oporão à alienação de controle se ela puder levar a uma administração mais eficiente, capaz de tornar a companhia mais rentável e suas ações mais valorizadas.

14.2. Steven L. Emanuel, em profunda análise do tema, destaca que a situação de poder ostentada pelo controlador na companhia - e só por ele - tem valor econômico e que os controladores hesitariam na alienação caso não recebessem nenhum prêmio, já que conta, com vantagens não desfrutadas pelos minoritários, advertindo que há exceções ao direito dos controladores de vender suas ações livremente¹⁹, como, *v.g.*, (a) exceção de pilhagem (*the “looting” exception*); (b) exceção de venda de voto (*the “sale of vote” exception*) e (c) desvio de uma oportunidade coletiva (*“diversion of collective opportunity*).²⁰

(b) O ágio deve ser partilhado entre controladores e minoritários

15. Arnaldo Wald propugnou: “... *a oferta pública prevista no art. 254, embora represente um ônus para o adquirente do controle, pode ser saudável por representar o veículo através do qual o valor do controle é distribuído entre todos os acionistas com direito a voto.*”²¹

15 P. 105

16 Robert W. Hamilton, **The Law of Corporations**, St. Paul, Minnesota, 1987, p. 359, *apud* Osmar Brina Corrêa Lima, **O acionista minoritário no direito brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 79.

17 **Corporations. Examples and Explanations**, Aspen Law & Business, Second Edition, 1994, p. 411-420.

18 **Corporate Control Transactions**, 91 Yale L. J. 737, 1982, *apud* Lewis D. Solomon e Alan R. Palmiter, *ob cit.*, p. 411-420.

19 **Corporations**, NY, Emanuel Publishing Corp., 1997, 3rd Edition, p. 240-249.

20 *Ob. cit.*, p. 245.

21 “A proteção dos acionistas minoritários na alienação do controle de companhias abertas”, **Revista da CVM**, 4/2, n. 13, 1986, *apud* Mauro Rodrigues Penteadó, *ob. cit.*, p. 19.

16. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro ponderaram: “... as transferências de controle, envolvendo vultosos ágios pagos apenas aos controladores, podem ainda mais desestimular o investimento acionário. Daí entendermos que a solução adotada na lei vale como medida pragmática, tendo em vista as condições do momento histórico e as características peculiares da conjuntura, justificando-se em face da experiência verificada em anos recentes em nosso país.”²²

17. Modesto Carvalhosa advertiu: “... o acionista minoritário, embora normalmente não tome a iniciativa de promover a capitalização da sociedade, empresta seu esforço para tal mister; ademais, esse tipo de acionista experimenta os efeitos da política de autocapitalização da companhia, usualmente realizada pelo controlador. É, portanto, copartícipe da valorização patrimonial da empresa, merecendo portanto tratamento igualitário, quando da alienação de seu controle.”²³

18. Segundo Guilherme Döring Cunha Pereira, o *City Code on Takeovers and Mergers* inglês deu um tratamento pioneiro às ofertas públicas para aquisição de controle de uma companhia, fixando como ideia fundamental garantir as mesmas condições oferecidas ao alienante aos acionistas de classes idênticas²⁴.

(c) O ágio deve ser rateado entre todos os acionistas

19. Waldirio Bulgarelli ensinou: “... o não controlador, que não recebeu dividendos durante muito tempo, pela política imposta pelo controlador de fortalecer a empresa, tem direito a reclamar quando o controlador, aproveitando-se dos resultados dessa mesma política, vende com ágio astronômico as suas ações de controle”²⁵, observando, ainda, que, “ao vender o controle (...) com grandes lucros, está-se vendendo, subjacentemente, os intangíveis e mais propriamente o aviamento da empresa”²⁶, para concluir que “o certo será a distribuição, ao menos do ágio, entre todos que contribuíram para o fortalecimento da empresa.”²⁷

22 *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo, Ed. Bushatsky, 1979, 1ª ed., v.2, p. 743.

23 *Apud* Mauro Rodrigues Penteadó, loc. cit., fazendo referência a “Oferta Pública de Aquisição de Ações”, tese, São Paulo, 1978, p. 142-143.

24 John H. Farrar, “*Company Law*”, Londres, Butterworths, 1985, p. 521, *apud* Guilherme Döring Cunha Pereira, *Alienação do poder de controle acionário*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 135.

25 *Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p.158.

26 *Idem*, p.159.

27 *Idem*, p.160.

20. Nélson Cândido Motta advogou: “... admitir que as ações preferenciais, porque não votam, tenham menos direitos — salvos os direitos políticos — do que as ações ordinárias equivale a reconhecer que o direito de voto possa ser causa de desigualdade entre acionistas, quer em relação ao patrimônio da sociedade, quer em relação ao tratamento que a lei manda dispensar a todos, indistintamente, nos casos de alienação de controle de companhia aberta.”²⁸

21. Leslie Amendolara declarou que, se os acionistas minoritários têm o direito de participar do “prêmio de controle” porque “havam contribuído com a formação do capital e investido seus recursos nos negócios”²⁹, esse direito deve ser estendido aos preferencialistas, já que eles também participaram da integralização do capital social.

22. Norma Parente repudiou, com veemência, a redação e o espírito do art. 254-A da LSA: “... é lamentável que esse direito não tenha sido estendido ao acionista preferencial. Em termos patrimoniais, a sua contribuição tem o mesmo valor que a dos demais acionistas. É injusto que o direito de vender em conjunto com o controlador não tenha sido outorgado. Penso que esse direito deveria ter sido partilhado entre minoritários ordinários e preferencialistas.”³⁰

23. Berle e Means sustentaram que o controle é um bem social, por isso o valor pago como ágio pelo bloco de controle era propriedade de todos os acionistas da empresa e, por isso, deveria ser partilhado entre todos os acionistas da companhia.³¹

24. William D. Andrews frisou que todos os acionistas com ações de espécie e classe iguais devem ter oportunidade de aliená-las igualmente e de partilhar o *premium* proporcionalmente à sua participação no capital, por ser o poder de controle um bem da companhia.³²

28 “Alienação de controle de instituições financeiras. Acionistas minoritários. Notas para uma interpretação sistemática da Lei das S.A.”, **RDM**, ano XXI, 1982, v. 46, p. 41.

29 **Os direitos dos acionistas minoritários: com alterações da Lei 9.457/97**, São Paulo, Editora STS, 1998, p. 105.

30 “Principais Inovações Introduzidas pela Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, à Lei de Sociedades por Ações”, in **Reforma da Lei das Sociedades Anônimas**, cit., p. 39.

31 *Apud* Roberta Nioac Prado, “Da obrigatoriedade por parte do adquirente do controle de sociedade por ações de capital aberto de fazer simultânea oferta pública, em iguais condições, aos acionistas minoritários — art. 254 da Lei 6.404/76 e Resolução CMN 401/76 — É efetivo mecanismo de proteção aos minoritários?” (**RDM**, Anexo XXXVI (Nova Série), abril/junho/1997, p. 98).

32 “The stockholder’s right to equal opportunity in the sale of shares”, **Harvard Law Review**, 78/ 505-563, 1965, *apud* Roberta Nioac Prado, art. cit., p. 98.

25. André Tunc lecionou que os controladores não merecem ter mais vantagens do que aqueles que possuem ações da mesma espécie e classe,³³ esclarecendo que o princípio de que um acionista é livre para vender suas ações pelo preço que lhe for oferecido esbarra, no caso da cessão de controle, em um dever fiduciário, portanto, a venda de ações de um acionista que dirige a sociedade comporta a alienação de uma função ou, pelo menos, do poder de designar quem a exercerá, aduzindo que, se a venda for por preço maior que o da bolsa, por compreender a função de comando, haverá, então, um proveito ilícito, que deve ser restituído à sociedade.³⁴

B – Direito ao ágio na jurisprudência

(a) Direito ao ágio na jurisprudência brasileira

26. No período de vigência do tratamento igualitário previsto no revogado art. 254 da LSA, a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, ao julgar a Apelação Cível nº 140.587-RJ, decidiu condenar a CVM a pagar aos minoritários valor equivalente à diferença entre o valor por eles obtido na venda de suas ações e aquele conseguido pelos controladores³⁵.

27. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 2.276 – RJ, que tratava de participação ou não dos preferencialistas no prêmio de controle, concluiu que a oferta pública só alcançava as ações com direito de voto, já que as preferenciais têm garantidas outras vantagens, dispostas na Lei nº 6.404³⁶.

28. Ainda o Superior Tribunal de Justiça, numa decisão relativa à incorporação do Banco Financial de Mato Grosso, envolvendo oferta pública prévia para aquisição de controle, estendeu-a aos acionistas sem voto, por considerar a natureza da sociedade (que necessitava de autorização) e entender que a aquisição do controle era uma providência preliminar à incorporação³⁷.

33 André Tunc, "*Le droit américain des sociétés anonymes*", *Économica*: Paris, 1985, p. 158-159.

34 Ob. cit., p. 156-158.

35 Apelação Cível n.º 140.587 – Rio de Janeiro (Registro n.º 8.803.699) Relator: Min. Dias Trindade, in Nelson Eizirik, **Sociedades Anônimas: jurisprudência**, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 743-746.

36 Recurso Especial n.º 2.276 – Rio de Janeiro (Registro n.º 90.0001659-2) Relator Min. Garcia Vieira, in Nelson Eizirik, ob. cit., p. 367-372.

37 José Edwaldo Tavares Borba, **Direito Societário**, 6ª ed. rev. aum. e atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 475-476 (nota de rodapé 1), citando matéria da **Gazeta Mercantil** de 21.10.93, p. 35.

(b) Direito ao ágio na jurisprudência norte-americana

29. William A. Klein e J. Mark Ramseyer, em seu ótimo livro “Business Associations. Agency, Partnerships, and Corporations”³⁸, citam diversos casos de alienação de controle, envolvendo pagamento de ágio, julgados pelas Cortes americanas, como *Perlman v. Feldmann* e *Frandsen v. Jensen-Sundquist Agency, Inc*³⁹.

(c) Direito ao ágio na jurisprudência francesa

30. Em caso de alienação de controle por operação complexa, em duas etapas (aquisição de ações e posterior subscrição em aumento de capital), o *Tribunal de grande instance de Paris*, em julgamento de 20 de janeiro de 1988, decidiu que a oferta pública não era necessária, por considerar que, *“se a obrigação de manter a cotação deve ser observada quando a compra atinge uma quantidade de títulos suscetível de dar o controle da sociedade emissora, este não é o caso quando o controle é conseguido por uma operação complexa, cuja venda dos títulos corresponde apenas a um dos elementos, excluindo qualquer transferência de ações.”*⁴⁰

IV – TAG ALONG NAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E ESTRANGEIRA

31. Após ser votada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a Subemenda Substitutiva às Emendas de Plenário e ao Primeiro Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.115, de 1997, artigo 254-A, passou a dispor: *“Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.*

³⁸ Westbury (New York), **The Foundation Press**, Inc., 1997, Third Edition, p. 644 e segs.

³⁹ No primeiro caso, a Corte decidiu que Feldmann, como acionista controlador, não poderia apropriar-se sozinho do valor do ágio, pois a venda de ações resultou no sacrifício de elementos intangíveis da companhia. No segundo, o Tribunal não vislumbrou uma efetiva venda de ações na operação e sim a aquisição do First Bank of Grantsburg (controlador da companhia).

⁴⁰ *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, Paris, Sirey, 1989, p. 80.

31.1. Hoje, em decorrência de extensa regulamentação da BMF&BOVESPA, a situação do *tag along* no país é a seguinte⁴¹:

TAG ALONG NO BRASIL

LSA: art. 254-A	80% Minoritários
BM&FBOVESPA Tradicional	80% Minoritários
BM&FBOVESPA Nível 1	80% Minoritários
BM&FBOVESPA Mais	100% Minoritários
BM&FBOVESPA Novo Mercado	100% Minoritários
BM&FBOVESPA Nível 2	100% Minoritários e Preferencialistas

Site: http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/pages/empresas_segmentos-de-listagem.asp

A) *Tag along* na legislação estrangeira

(a) Legislações que asseguram o *tag along* apenas aos minoritários

31.2. Na Itália⁴² e Argentina⁴³ são destinatários da oferta pública obrigatória de ações os titulares de ações ordinárias com direito de voto, razão pela qual somente os minoritários têm garantido o direito de saída conjunta.

(b) Legislações que garantem o *tag along* a minoritários e preferencialistas

32. Na Alemanha⁴⁴, Inglaterra⁴⁵, Portugal⁴⁶ e Espanha⁴⁷, na linha preconizada pela Diretiva 2004/25 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de abril de 2004, relativa às ofertas públicas obrigatórias de aquisição de ações de companhias abertas; na França⁴⁸, México⁴⁹,

41 Saliente-se que as companhias integrantes do Novo Mercado não possuem ações preferenciais, assim como não podem ser emitidas e negociadas ações preferenciais pelas sociedades que integram o Bovespa Mais.

42 Art. 106 do TUIF "Testo único in matéria di intermediazione finanziaria".

43 Art. 23 do Decreto 677/2001, conjugado com os arts. 5º e 9º da Resolución General nº 401, só sendo obrigatória a OPA após a aquisição de 30% das ações ordinárias.

44 Seção 35, § 2º da *German Securities Acquisition and Takeover Act (Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz)*, de 20 de dezembro de 2001.

45 Nº 9.1 do "Rule 9" – Mandatory bid rule – do *City Code on Takeovers and Mergers*.

46 Art. 187 do Código de Valores Mobiliários – Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro.

47 Alínea a e caput do artigo 60 da Ley 24/1988 del Mercado de Valores, de 28 de Julio.

48 Lei nº 898.531, de 02.08.1989.

49 Art. 98 da Ley del Mercado de Valores, publicada en el Diario Oficial de La Federación del 30 de diciembre de 2005.

Chile⁵⁰, China⁵¹ e Japão⁵² são destinatários da OPA os minoritários e os preferencialistas.

32.1. A propósito dos “direitos de saída em empresas de *venture capital*” na Alemanha, Carsten Bienz e Uwe Walz, após profunda investigação que envolveu 494 contratos entre empresas de *venture capital*, concluíram que os direitos de saída, em particular o *drag-along* e o *tag-along*, eram minuciosamente previstos em contratos especiais, através das chamadas *drag-along and tag-along clauses*, em especial em acordos de acionistas, nos planos de negócios e em contratos de mútuo, com a finalidade de (a) prevenir litígios, (b) atuar na governança da empresa, (c) fiscalizar os serviços e (d) garantir o direito de saída conjunta com os majoritários⁵³, este previsto na *German Securities Acquisition and Takeover Act (Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz)*, na Seção 35, § 2º.

32.2. Destaque-se que, na França, desde 1973, há normas legais e regulamentares que tornam a oferta pública obrigatória nos casos de alienação de controle de companhia aberta, havendo: (a) a *Association Française des Banques* editado “normas determinando que, quando houvesse transferência de controle acionário de uma instituição financeira com alienante identificado, os minoritários deveriam alienar suas ações, obrigatoriamente, junto com o bloco de controle, pelo mesmo preço e condições”⁵⁴; (b) em 2 de agosto de 1989, a Lei 89-531 dado competência ao Conselho das Bolsas de Valores para regular as ofertas públicas e obrigou “aquele que adquirisse mais de 1/3 das ações votantes de uma empresa (...) a fazer oferta pública de compra dos 2/3 restantes pela chamada *garantie de cours*”⁵⁵, e, por fim; (c) em maio de 1992, a oferta de compra foi estendida a todas as ações, votantes ou não⁵⁶.

50 Alinha b do art. 199 conjugado com o art. 199 bis da Ley nº 18.045 – Ley de Mercado de Valores.

51 Artigo 85 da Securities Law of the People’s Republic of China.

52 Artigo 27-13, Parágrafo 4 da *Financial Instruments and Exchange Law*.

53 http://www.mm.uni-frankfurt.de/fileadmin/Publikationen/extrights_jems_rev2_16_11_2009.pdf

54 Roberta Nioac Prado, art. cit., p.102.

55 *Idem*, p. 103.

56 Loc. cit.

32.3. No Japão, o interessado na aquisição deverá formular a OPA somente após haver adquirido 2/3 das ações votantes⁵⁷, sem, entretanto, ficar obrigado ao pagamento de prêmio a minoritários e preferencialistas⁵⁸.

32.4. Na China, a OPA pode ser dispensada pelo Conselho de Estado⁵⁹.

32.5. Segundo pesquisa da OCDE – Organização para Coordenação do Desenvolvimento Econômico na Ásia, lá não prevalece o princípio do tratamento igualitário devido à sua difícil execução prática e à possibilidade de “travar” a bolsa de valores e de prejudicar a economia.⁶⁰

(c) Legislação norte-americana

33. Não há norma legal no direito norte-americano que torne obrigatória a oferta pública na alienação de controle de uma companhia e garanta o *tag along*⁶¹, sendo a proteção aos acionistas minoritários expressa apenas nas regras de *disclosure* e de *insider trading*, nos princípios da lealdade e da boa-fé e nas sanções aos atos fraudulentos.

33.1. A propósito, Simone Azevedo destaca: “... o mercado americano, considerado o mais desenvolvido do mundo, não prevê o direito ao *tag along* a partir das negociações privadas de controle, mas, apenas, que, quando a proposta de aquisição se dá através de uma oferta pública, esta seja uma operação aberta a todos os acionistas e promovida em igualdade de condições de preço.”⁶²

33.2. Simone Azevedo esclarece ainda que, “no trabalho intitulado “Vendas Eficientes e Ineficientes de Controle Corporativo”, o professor Lucian Arye Bebchuk, da Harvard Law School, avalia que as ofertas mandatórias de ações podem impedir aquisições com elevado potencial de agregar

57 Artigo: Anderson Mori & Tomotsune, “Pitfalls in Japan’s New Tender Offer Regime”, p. 2, website: http://www.amt-law.com/pdf/bulletins2_pdf/070427_1.pdf.

58 Artigo: Yoshinori Ono, Kazuyoshi Furusumi, Hiroki Yamada, “Tender Offer Regulations in Japan”, p. 2, website: http://www.jurists.co.jp/ja/topics/docs/newsletter_200911_cbt_en.pdf.

59 Art. 81 da Securities Law of the People’s Republic of China, que pode ser visualizado no seguinte website: http://www.csrc.gov.cn/pub/csrc_en/laws/rfdm/statelaws/200904/t20090429_102757.htm.

60 Idem, p. 27.

61 “O *tag-along rights* é um dos meios — contratuais e não legais — de que dispõem os investidores para obter certas garantias para a venda de suas ações em uma venda privada, ao lado do *put rights* e do *drag-along rights*”, conforme deixou evidenciado Kenneth J. Lebrun, fonte cit., p. 236. Sobre a matéria, leia-se a dissertação de Gabrille Santos Cordeiro, sob a orientação do Prof. Julian Fonseca Peña Chediak, “Aplicação do art. 254-A da LSA”, no site da PUC-RJ- Departamento de Direito, e, também, Roberta Nioac Prado, art. cit. p. 97/101.

62 Simone Azevedo, “*Tag along* emplaça em outros países da América Latina”, *Revista Capital Aberto*, edição: ano 1, Abril/2004, pág. 27. No mesmo sentido, Kenneth J. Lebrun, fonte cit., p. 235. Também Kenneth J. Lebrun, deixa claro que, no Japão, o *tag along* é um direito exclusivamente contratual (idem, p. 236).

*valor às companhias na medida em que tornam as transferências de controle extremamente caras para o comprador.*⁶³

V- SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA

34. Portanto, a propósito do direito ao prêmio e da disciplina do *tag along*, há:

(a) os que sustentam que não cabe falar em ágio ou sobrepreço, porém em prêmio de controle, que deve pertencer, única e exclusivamente, aos controladores, eis que o preço das ações integrantes do bloco de controle corresponde à soma do valor econômico das ações cedidas e transferidas aos adquirentes e do prêmio atribuído ao poder de comandar os destinos da companhia aberta;

(b) os que asseveram que o controle é um bem intangível, um ativo social da companhia, os quais, a sua vez, se dividem em duas correntes: uma defende a tese de que o ágio, que os adquirentes estão dispostos a pagar para deter o controle da companhia aberta, deve ser rateado entre controladores e minoritários; outra argumenta que, se o controle é um bem social, todos os acionistas, independentemente da espécie de ações que possuam, devem beneficiar-se com a venda do controle e participar do rateio do ágio;

(c) legislações que asseguram o *tag along* somente aos minoritários; outras, aos minoritários e preferencialistas; outras, que o admitem exclusivamente através de cláusula contratual; outras, que o ignoram, como vimos no item IV *supra*.

VI – A FILOSOFIA DE RENÉ DESCARTES

35. Essa controvérsia, aqui e alhures, hoje como ontem, fez-me lembrar a advertência do fundador do movimento cartesiano, ao destacar: *“... é raro que, nas ciências, se encontre alguma questão sobre a qual as pessoas hábeis não tenham ficado amiúde em desacordo. Mas, toda vez que dois homens formulam sobre a mesma coisa juízos contrários, é certo que um ou outro, pelo menos, esteja enganado”*.⁶⁴

36. Como não me convenci dos argumentos das três correntes, escrevi o artigo “Interpretação realista da alienação de controle da com-

63 Art. cit., p. 27.

64 René Descartes, *Regras para orientação do espírito*, trad. Bras., Martins Fontes, 1999, p. 6 e 7.

panhia aberta”⁶⁵, inspirado na Escola do Realismo Científico, que transcrevo a seguir, com a devida vênia, para conhecimento de eventuais interessados.

VII - INTERPRETAÇÃO REALISTA⁶⁶ DA ALIENAÇÃO DE CONTROLE DE COMPANHIA ABERTA

37. O controle é um bem intangível da companhia, cujo valor, a título de ágio, sobrevalor, sobrepreço ou prêmio, deve ser partilhado entre controladores e minoritários e, até mesmo, preferencialistas, ou o controle é um valor econômico inerente exclusivamente às ações ordinárias com direito de voto que compõem o bloco de comando, fazendo jus ao ágio ou prêmio apenas os controladores?

38. Se pregarmos que o ágio ou prêmio, correspondente ao poder de controle, integra o preço do bloco de comando e, portanto, deve pertencer tão somente aos controladores, ou se advogarmos que o controle é um sucedâneo da valorização patrimonial da companhia e, por conseguinte, o ágio deve ser partilhado entre controladores e minoritários, ou se sustentarmos que a lei deve assegurar a controladores, minoritários e preferencialistas, indistintamente, o direito à percepção do ágio, pois o

65 Publicado *in* **Reforma da Lei das Sociedades Anônimas**, Forense, 2002, p. 505 a 524, por mim coordenado.

66 No final do século XIX, Oliver Holmes, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, lançou os fundamentos da Escola de Jurisprudência Sociológica Americana, depois desenvolvidos por Benjamin Cardozo e Roscoe Pound, havendo Pound, de forma lapidar e inovadora, defendido que (a) o Direito “é uma ciência de engenharia social”; (b) “o Direito deve ser estável e, sem dúvida, não pode permanecer inalterável”; (c) “a tarefa do Direito na resolução dos conflitos de interesses é eminentemente prática, eficaz, executiva”; (d) “a tarefa de engenharia social do Direito é ajustar os interesses em conflito, detectando os de maior prioridade sobre os demais”; (e) para valorar um problema jurídico ou conflito litigioso é necessário captar o sentido e o alcance de fatos abrangidos pelo problema” (*apud* Maria da Conceição Ferreira Magalhães, **A Hermenêutica Jurídica**, Forense, 1989, p. 80/84).

Inspirando-se em Holmes, Cardozo e Pound, eminentes juristas americanos criaram a Escola do Realismo Jurídico, que, ultrapassando a Escola Sociológica, sustenta ser o direito real, efetivo, concreto o declarado pelos tribunais ao julgarem casos concretos e não produto de um método silogístico-dedutivo, frio e mecânico, puramente lógico-racional.

Enquanto nos Estados Unidos da América as Escolas Sociológica e Realista granjeavam adeptos, na Europa se fortalecia e expandia, por inspiração das ideias do Círculo de Viena, da escola de Upsala e de Cambridge, a Escola do Realismo Empírico, à frente Alf Ross, Lundstedt e o sueco Olivecrona, segundo a qual os juristas não devem pautar-se pelo idealismo metafísico, que sustenta poder chegar-se ao conhecimento imediatamente através da razão e independente dos sentidos e da experiência (o denominado conhecimento *a priori*), mas pelo Realismo Científico, que nega ser possível atingir-se o conhecimento apenas exercitando a faculdade da razão, em especial no campo do Direito, em que deve prevalecer o estudo, a observação e a verificação dos fatos e fenômenos sociais, aos quais se aplicará o Direito positivo pelos tribunais e se tornará eficaz a norma por sua aceitação por parte da consciência jurídica popular.

Ao referir-me a “interpretação realista” da questão do prêmio na alienação de controle de companhia aberta, pretendo, inspirado nos cânones das Escolas de Jurisprudência Sociológica Americana, do Realismo Jurídico, do Realismo Empírico, enfim do Realismo Científico, abordar o tema de forma “ eminentemente prática, eficaz, executiva”, tendo em conta “o sentido e o alcance dos fatos abrangidos pelo problema” (cfr. Roscoe Pound), “o Direito real, efetivo, concreto” e não o elaborado de forma apriorística, pois, a meu ver, no campo do Direito, o que deve prevalecer é o estudo, a observação e verificação dos fatos e fenômenos sociais e se a sua aplicação pelos tribunais fará Justiça às partes.

controle é um bem social, estaremos enunciando uma proposição apriorística⁶⁷, porque formulada sem conhecermos mais e melhor as circunstâncias do caso e independentemente das forças que, de fato, devem motivar a aplicação do Direito, e emitindo um juízo de valor⁶⁸, sempre ditado “*por predileções de ordem pessoal*”⁶⁹ e baseado na razão prática, que, como diz Kant, por ser prática, deixa de ser razão e passa a ser vontade, e, exatamente por ser vontade e não verdade, a questão do ágio, no II PND e na CDE-14/74, mereceu um tratamento; no Anteprojeto e no Projeto de Lei das S.A., outro; sob o império do art. 254 original, com a redação da Emenda Lehmann, outro; após a Lei nº 9.457/97, outro; com o Projeto Kapaz-Kandir, outro, e, por fim, na sua definitiva redação, outro, quase se podendo dizer que, no caso do indigitado art. 254 revogado ou o atual 254-A, a vontade e a razão (teórica ou pura) estão dissociadas, o que inevitavelmente acarretou, na vigência do revogado art. 254, e está acarretando, na do art. 254-A, flagrantes injustiças.

39. Por isso, penso que:

1º) se, de forma apriorística, estabelecer-se que:

(a) o ágio pertence exclusivamente aos ordinaristas que detêm o comando da companhia, eis que o poder de controle tem valor econômico e integra o preço final das ações dos controladores, ou,

(b) na alienação de controle de companhia aberta, deve-se garantir aos titulares de classes idênticas as mesmas condições de preço, forma e prazo de pagamento, ou, ainda,

(c) o ágio deve ser partilhado entre controladores, minoritários e preferencialistas, eis que, além de o controle ser um ativo social, todos os acionistas, independente da classe de ações, contribuíram para o desenvolvimento da empresa,

com certeza absoluta estar-se-á criando a possibilidade de o juiz, compelido a ignorar as condições peculiares e as circunstâncias especiais do

67 Para Alf Ross, as proposições distinguem-se em apriorísticas e empíricas. “As proposições apriorísticas são verdadeiras tão só em virtude de sua forma e, por isso, são tautológicas ou analíticas, pois nada dizem a respeito do mundo... As proposições empíricas só possuem valor enquanto possam refletir a realidade dos fatos, devendo, portanto, ser verificadas por meio da experiência” (Alaôr Caffé Alves, apresentação à edição brasileira da obra **Direito e Justiça**, de Alf Ross, Ed. Edipro, 1ª ed., p. 10).

68 Segundo Alaôr Caffé Alves, para Ross, os juízos de valor “são subjetivos, expressões de sentimentos e desejos e não vinculados a propriedades reais do objeto”, ob. cit., p. 9.

69 Karl Popper, **A Lógica da Pesquisa Científica**, Ed. Cultrix, 2ª. ed., p. 39.

caso concreto submetido a seu julgamento, aplicar uma norma que não fará Justiça a controladores, minoritários e preferencialistas;

2º) a questão do ágio na alienação de controle de companhia aberta deve ser resolvida não pelo Direito *in abstracto*, mas pelo Direito concreto em ação; não por juízos de valor, mas por juízos de realidade; não por proposições apriorísticas, mas por proposições empíricas, com base nos cânones do neoempirismo lógico e, em especial, nos da Escola do Realismo Científico, que é uma tentativa de superar a alternativa entre o realismo psicológico da Escola de Uppsala e o realismo comportamentista ou sociológico americano, para o qual “*constitui princípio elementar da ciência a necessária definição de um objeto de acordo com qualidades objetivas e não de acordo com quaisquer avaliações apriorísticas baseadas em juízos de valor*”.⁷⁰

40. Destarte, com fundamento nos ensinamentos da Escola do Realismo Científico, em especial quando enfatiza que, “*na ciência jurídica, se deve sustentar que o direito é um fato social, cuja existência e descrição somente podem ser equacionadas em termos puramente fáticos, sensíveis e empíricos, sem necessidade de se recorrer a princípios morais, racionais ou ideológicos*”⁷¹, e partindo da premissa de que não se deve, aprioristicamente, formular uma norma legal definindo se o ágio, pago pelo poder de controle, cabe (a) só ao controlador, (b) ao controlador e aos minoritários ou, então, (c) ao controlador, minoritários e preferencialistas, penso que o art. 254-A deveria ter instituído um princípio geral sobre a matéria, cometendo, primeiro, à CVM⁷² e à jurisprudência, em segunda e definitiva

70 Alf Ross, ob. cit., p. 96. Recorde-se, ademais, por oportuno, que, na multiplicidade das filosofias, o ceticismo provocou uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor, sendo que os juízos de realidade seriam a expressão de um conhecimento objetivo, empírico e racionalmente fundado, enquanto os juízos de valor, conforme, por todos, repita-se, ensinou PERELMAN, por definição são irracionais, não obstante, acentue-se, por indiscutível, que uma análise mais profunda e isenta de paixões concluirá que os juízos de realidade não são inteiramente independentes dos juízos de valor, daí não poder haver um fosso entre os juízos de realidade e os juízos de valor, mas, por igual, não se poder preferir estes em prejuízo daqueles.

71 Alf Ross, ob. cit., p. 11.

72 Para que não se diga, sem conhecer dados concretos, que é inviável o exame pela CVM de TODOS os casos de alienação de controle da companhia aberta, por ela supostamente não possuir adequada infraestrutura e corpo técnico em número suficiente para desincumbir-se bem dessa atribuição, cumpre esclarecer que estão registradas na CVM como companhias abertas apenas 998 sociedades (novembro de 2000), sendo que somente 465 companhias (novembro de 2000) têm ações negociadas em bolsa e, ademais, como ressaltado por Modesto Carvalhosa, a CVM sempre lutou para “*dar consistência ao preceito (do art. 254), notadamente quando tratou da matéria da transferência indireta de controle*” (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, cit., v. cit., p. 145), o que é explicitado no Parecer nº 86/82, objeto do estudo de Luiz Leonardo Cantidiano, publicado na RDM, ano XXXIV, 1985, v. 56, p. 59. A CVM, por fim, firmou ainda orientação no sentido de: (a) o art. 254 só se aplicar na venda ou permuta de ações cujos titulares estejam no efetivo exercício do controle (Parecer CVM-SJU nº 58/78); (b) para garantir o pagamento de igual preço aos minoritários, ter competência de verificar o cálculo do preço pago às ações dos controladores (Parecer CVM-SJU nº 09/83); (c) mesmo não tendo havido pagamento de ágio na alienação de controle, ser obrigatória

instância, o exame e a solução de eventuais conflitos de interesses surgidos entre os acionistas de companhia aberta quanto o direito ao rateio do ágio, com apoio em juízos de realidade, não podendo pairar dúvida de que o próprio mercado encontrará meios de se proteger e de evitar litígios.⁷³

VIII – O MITO E A REALIDADE

A - O mito

41. O mito - repitamo-lo – é: o *tag along* tem por finalidade proteger os acionistas minoritários na alienação de controle de companhia aberta.⁷⁴

B - O *tag along* nos EUA⁷⁵

42. O *tag along*, literalmente, “seguir de perto”, expandiu-se no mercado de capitais norte-americano em decorrência do crescimento dos fundos de *private equity* e do aumento da participação de investidores

a oferta pública aos minoritários, para que exerçam, querendo, o direito de alienação de suas ações pelo preço pago aos controladores (Parecer CVM-SJU nº 79/83).

⁷³ Por fim, como, de novo ressaltado por Roberta Nioac Prado (ob. cit., p. 101), a solução adotada no Direito americano foi a de deixar o legislador fundar-se em princípios gerais e, para a doutrina e jurisprudência, a análise e decisão casuística, já que o próprio mercado é capaz de regular-se.

⁷⁴ Conheço a pesquisa da APIMEC-SP – Associação dos Analistas Profissionais de Investimento e Mercado de Capitais de São Paulo que concluiu ser o *tag along* o item mais importante na avaliação dos analistas de mercado sobre governança corporativa.

Mas conheço e respeito também as observações da BM&FBOVESPA do teor seguinte: “*Tag along* – Qual o lado ruim da história? Embora o *tag along* seja uma maneira de proteger os direitos dos acionistas minoritários e de melhorar a liquidez das ações ordinárias, ele também trás alguns pontos desfavoráveis.

O custo de aquisição de companhias fica bem mais elevado, pois além de adquirir as ações do bloco controlador, o comprador terá que oferecer também, no mínimo, 80% desse valor aos outros acionistas detentores de ações ordinárias.

Outro ponto importante é a respeito do alto grau de especulação que passa a envolver supostos anúncios de aquisições e trocas de controle entre companhias. Como sempre existe a expectativa de que **uma** companhia será vendida por valores acima do que o mercado está praticando, principalmente em tempos de crise, os investidores correm para comprar essas ações, na esperança de embolsar os lucros gerados pela diferença entre o preço da oferta e o valor atual das cotações.

Isso gera uma alta absurda dos preços no curto prazo, mas caso a negociação entre as partes não se concretize, todo esse movimento especulativo vai por água abaixo e pode trazer enormes prejuízos.” (BM&FBOVESPA – <http://www.investpedia.com.br/artigo/O+que+e+Tag+Along.aspx>).

⁷⁵ De acordo com o site <http://www.meionorte.com/mercadofinanceiro/analise-tag-along-o-que-e-isso-103081.html>, o *tag along* é um “mecanismo que teve origem provável nos Estados Unidos, por volta das primeiras décadas do século XX. Naquela época, em diversos casos de fraudes nas aquisições de empresas negociadas em bolsa de valores, os tribunais norte-americanos concederam o direito de pequenos acionistas reaverem as diferenças de valores entre os preços pagos por suas ações e os preços pagos aos controladores (sócios majoritários) das empresas. Em 1948, o *tag along* surge também no Direito Britânico com a regulamentação da aquisição entre das ou mais empresas, ficando prevista a aquisição compulsória também das ações dos minoritários pelo comprador das ações dos controladores.”

institucionais no capital social das *corporations* com a finalidade de, através de cláusula contratual, alinhar os interesses de controladores e minoritários e garantir o direito potestativo de os minoritários retirarem-se da companhia em idênticas condições de preço, forma e prazo de pagamento, quando os controladores decidissem transferir o controle societário.⁷⁶

43. O *tag along* é, outrossim, nos EUA, um eficiente mecanismo de governança corporativa, razão pela qual, quando os controladores resolvem vender o controle acionário para terceiro de igual idoneidade moral, poder econômico e competência técnica, os minoritários, ao invés de exercerem o *tag along*, renovam o acordo de acionistas e permanecem na empresa⁷⁷, por entenderem que o comprador agregará valor à companhia, conforme ocorreu, recentemente, com as ações da Martha Stewart Living Omimedia, que subiram 24% em um só dia, logo após a empresa de mídia e merchandising anunciar que seus acionistas desejavam vendê-la ou formar nova sociedade⁷⁸.

44. Nos EUA, portanto, o *tag along* funda-se nos princípios da autonomia da vontade, do consensualismo, da lealdade, da boa-fé e da força obrigatória dos contratos e põe controladores e minoritários em nível de absoluta igualdade, pois equaliza seus direitos políticos e patrimoniais, e garante o direito de saída simultânea àqueles que decidirem não se “associar” aos novos controladores.

C - O *tag along* no Brasil

45. No Brasil, o *tag along* está, essencial e visceralmente, ligado ao prêmio de controle ou ágio, que o terceiro se dispõe a pagar para adquirir o poder de comando da companhia, não se atentando para sua importância estratégica⁷⁹, nem, tampouco, valorizando o fato inconteste de ele ser um importante instrumento de governança corporativa.

46. Mas, indaga-se: o que levou o país a afastar-se da autêntica vocação do *tag along* e a transformá-lo em mera compensação financeira para os minoritários, quando os controladores alienam o poder de mando de companhia aberta?

⁷⁶ *Tag-along rights is a mandatory bid rule providing minority shareholders the right to sell their shares in the same conditions of controlling shareholders in case of control transfers*, conforme Alexandre Di Miceli da Silveira, School of Economics, Management and Accounting, University of São Paulo, Corporate Governance Myths in Brazil: An Analysis of Common Statements Made by Market Practitioners.

⁷⁷ Cfr. Carta DYNAMO 36, do 4º trimestre de 2002, publicação da DYNAMO Administração de Recursos Ltda., e, ainda, Alexandre Di Miceli da Silveira, estudo cit., p. 7

⁷⁸ *O Globo*, de 27/05/2011, p. 30.

⁷⁹ Cfr. sustenta a Carta DYNAMO nº 36, p. 2.

47. Em última e derradeira instância, foi o meio simples, fácil, objetivo e rápido imaginado pelos legisladores, com o aval do Poder Executivo, de prevenir e/ou punir práticas ilícitas de caráter financeiro, administrativo e contábil dos controladores, as quais elevam, por vezes, o prêmio de controle a inimagináveis três dígitos, quando, na prática internacional, ele é, em média, de 20%.⁸⁰

48. Com efeito, os especialistas em mercado de capitais enunciam uma série de expedientes fraudulentos utilizados pelos controladores que se beneficiam particularmente e, por conseguinte, prejudicam a companhia, os demais acionistas e os credores sociais, tais como⁸¹: (a) o caixa da companhia, que pertence a todos os acionistas, destinar-se à construção de uma nova unidade, e, quando da venda dessa unidade dentro de uma alienação de controle, os controladores receberem um prêmio proporcional ao valor da unidade já então integrada ao ativo da companhia; (b) na hora de pagar o prêmio de controle em uma aquisição, a companhia usar recursos próprios que pertencem a todos os acionistas, e se, na venda do controle, o prêmio for muito elevado, significa que, na parcela referente àquele ativo, o custo foi socializado, mas os lucros privatizados, isto é, repartidos desigualmente; (c) quanto mais baixo estiver o preço das ações no mercado, melhor a perspectiva para o prêmio de controle, pois há um forte estímulo ao artesanato das falsas más notícias e às manipulações contábeis; (d) negócios com partes relacionadas aos controladores; (e) retenção de recursos em caixa; (f) diluição injustificada da participação dos minoritários; (g) distribuição de dividendos seguida de chamada de capital; (h) concessão de mútuos para os controladores; (i) pagamento desses mútuos com ativos supervalorizados; (j) cobrança de taxa de administração pelos controladores; (k) custeio de gastos pessoais; (l) benefícios que são apropriados privadamente pelos controladores embora sejam gerados pela empresa como, por exemplo, infraestrutura operacional para negócios particulares e representação junto à mídia, políticos e autoridades.

49. Seria o *tag along* a melhor — não a mais fácil ou a mais simples ou a mais rápida — solução para evitar ou punir o uso abusivo desses artifícios fraudulentos, os quais, nos EUA, são chamados de *tunneling*, isto é,

80 Cfr. Carta DYNAMO nº 26, do 1º trimestre de 2000, p. 3.

81 Exemplos extraídos das Cartas DYNAMO nºs 26 e 36.

“caminho por onde escoo valor da empresa para o controlador”?⁸²

50. Não. A solução correta, juridicamente perfeita, é munir o Estado de mecanismos legais e regulamentares eficientes para combater o *insider trading* e fiscalizar e lutar contra o abuso, o desvio e o excesso de poder de comando dos controladores e, após o devido processo legal, punir, exemplarmente, administrativa, civil e penalmente⁸³ os controladores que hajam expropriado bens e direitos da sociedade, que pertencem, igualmente, a controladores, minoritários e preferencialistas⁸⁴, ou obtido, para si ou para outrem, ou hajam propiciado a terceiros, indevidas vantagens financeiras.

51. Os gráficos das movimentações de ações imediatamente após o rumor de uma OPA, divulgados pela BMF@BOVESPA, demonstram que, com a OPA, o preços das ações ON e PN se “descolam”, se afastam, distanciam-se em um “jogo de soma zero”, deixando claro que: (1) os minoritários perdem; os *insiders* enriquecem; (2) os minoritários perdem; os preferencialistas especuladores enriquecem; (3) se acentua a volatilidade das ações, afetando a credibilidade do mercado; (4) o preço das ações ON e PN deixam de ter como parâmetro os fundamentos da companhia; (5) a bolsa se assemelha a um cassino, pois os preços não são estabelecidos em função da performance da empresa.

D - A realidade

52. Por tudo isso, concluo que, na *realidade*, o *tag along* é, no país:

(1^o) uma intervenção indevida do Estado no domínio econômico e nas relações privadas de companhias abertas e investidores que atuam no mercado de ações, numa atuação típica do “Estado-babá”, deturpação do “Estado social”, do Estado providência, que deveria estar se ocupando, com afinco, baseado em planejamento estratégico plurianual, com as gigantescas questões de ordem macroeconômica nacionais (saúde, saneamento básico, educação, segurança pública, meio ambiente, etc.), e não as questões de microeconomia (proibição da venda de remédios para emagrecer, elaboração da Lei da Palmada, limitação do direito de propriedade, sob

⁸² Cfr. citada Carta DYNAMO nº 26.

⁸³ Exemplo do funcionamento das normas dessa natureza temos na condenação, em primeiro grau de jurisdição, do empresário Ricardo Mansur, controlador do Mapin e do banco Crefisul, pela prática, segundo o jornal **Valor Econômico** de 31.10.2011, página 34, de gestão fraudulenta e desvio de bens.

⁸⁴ No Anexo III, relaciono as cominações de ordem pecuniária, impostas pela CVM e BOVESPA, administrativa, civil e penal a que estão sujeitos os controladores com base em pesquisa realizada pelo bacharel em direito Antonio de Faria Guimarães, formado pela Universidade Candido Mendes.

o pretexto de sua função social e da liberdade de contratar, sob o argumento de proteger os mais fracos, proibição do bronzamento artificial e do uso de cigarros eletrônicos, imposição às indústrias de alimentos de redução dos teores de açúcar, sal e gorduras em certos produtos, etc.);

(2º) uma odiosa restrição ao livre-arbítrio e à capacidade de escolha e decisão de pessoas dispostas a correr riscos em busca de maiores ganhos em operações mercantis de alienação de controle de companhia aberta;

(3º) uma violação do princípio constitucional da liberdade individual e dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo, esteios do Direito das Obrigações;

(4º) uma violação do direito de propriedade dos controladores de disporem de bens que possuem a seu livre alvedrio e do direito de contratar dos interessados na compra de controle de companhia aberta;

(5º) espoliador em relação aos controladores, perversos com os adquirentes de controle acionário e iníquo com os preferencialistas;

(6º) odioso privilégio para os minoritários, se o fundamento econômico do *tag along* for — como dizem ser — a contribuição dos acionistas para o desenvolvimento e enriquecimento das companhias;

(7º) prejudicial aos minoritários rendeiros e ótima oportunidade de enriquecer para os acionistas minoritários e preferencialistas especuladores;

(8º) fomentador da cobiça e da ganância dos *insiders*, eis que estimula a especulação com ações ordinárias às vésperas do anúncio da OPA obrigatória;

(9º) nocivo à companhia aberta, pois provoca a falta de liquidez das ações ordinárias nos pregões das bolsas de valores após a OPA e, por isso, desestabiliza o mercado de capitais;

(10º) concentrador do controle em grupos oligárquicos, quando se o quer disperso, e eficaz mecanismo do fechamento do capital de companhias abertas;

(11º) óbice à reorganização de uma empresa em dificuldades econômico-financeiras, enfim,

(12º) um expediente para garantir aos detentores de ações ordinárias não integrantes de bloco de controle apenas um ganho financeiro, desprezando os atributos estratégicos e de governança corporativa do *tag along*, as suas verdadeiras virtudes. ❖

O Panorama Contemporâneo da Execução Penal*

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal e Professor da EMERJ.

INTROITO

O aprofundamento do saber, em contínua e reflexiva clarificação e densificação, torna-se viável através de a discussão crítica cair, na expressão de Winfred Weiner, no "fascínio da criatividade". A finalidade principal desta palestra objetiva lançar um olhar crítico sobre *o panorama contemporâneo da execução penal*, diante do futuro do destino das prisões e da substituição ou abolição parcial das penas privativas de liberdade, por modelos menos aflitivos e mais pedagógicos, numa sociedade em contínuo movimento transformista, ao curso das décadas do século XXI.

1. Se a conduta viola os *padrões de intolerabilidade*, diante do conflito de interesses entre os indivíduos, colocando em risco a *paz social*, o Estado se vê legitimado a criar instrumentos rigorosos de controle. Criminalizam-se determinados tipos de comportamentos desviantes, *objetivando a proteção de bens e interesses relevantes, buscando a defesa social*, através da edição de leis. Ressalte-se, que as mais graves sanções jurídico-penais, a *pena* e as *medidas de segurança*, operam em *situações de excepcionalidade*, a fim de *garantir a segurança jurídica e proporcionar a convivência pacífica* na macrossociedade.

2. A pena constitui-se em um dos *instrumentos* mais característicos de que o Estado dispõe para impor suas normas de contenção comportamental, reconhecendo-se a vinculação axiológica expressada entre a *função da pena* e a *função do Estado*. Conclui-se que, não só a *pena* como o *delito*, encontra seu *fundamento* na concepção do Estado Social e Democrático de Direito. É uma *exigência traumática*, contudo ainda *imprescindível*, repetidamente um mal necessário, objetivando a punição como

*Palestra proferida na 206ª Reunião do Fórum Permanente da Execução Penal, no Auditório da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 2.6.2011.

uma *finalidade socialmente útil*, numa relação de *causa* e não de *finalidade*, cuja teoria é um mar de questionamentos irrespondíveis, que se torna uma *amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens*.

3. É a principal consequência jurídica do injusto penal, causa e fundamento justificador, constituindo-se no seu antecedente lógico e pressuposto normativo. Dentro do espectro global da discussão temática, poder-se-ia afirmar que, nos tempos contemporâneos, objetiva-se *aperfeiçoá-la*, quando *imprescindível*, e *substituí-la*, quando *oportuno e possível*, por *medidas alternativas à pena privativa de liberdade*.

4. O legislador procura com a *ameaça penal* que os destinatários diretos da norma se abstenham de atuar e, ao mesmo tempo, mostra a todos os membros da comunidade a necessidade do *respeito aos bens jurídicos* para tornar viável a *ordem* e a *segurança* da convivência social. É a *resposta* pela realização do ato punível, consciente o autor da reprovabilidade da conduta típica, pois poderia ter obrado de forma diversa, traduzindo-se a gravidade do ato e a culpabilidade do autor.

5. Na execução, o *fundamento da pena* tem como patamar o título executório, a decisão condenatória, com a perda ou a diminuição de direitos do condenado e, no seu decurso, a busca de sua (re)inserção futura e harmônica com os padrões macrossociais toleráveis. A pena não objetiva a dor, deixando livre o condenado para recusar a proposta estatal, hipótese em que objetiva somente *neutralizá-lo* por determinado tempo para a tranquilidade social.

6. No modelo do Estado Social e Democrático de Direito, no qual nos inserimos política e juridicamente, a pena deverá cumprir uma *missão política* de regulamentação ativa da vida social, a fim de garantir um funcionamento satisfatório, mediante a proteção dos bens jurídicos, constituindo-se na última etapa do controle social. Assim, confere-se uma *função de prevenção* dos atos que atentem contra esses bens e não sobre uma hipotética necessidade ético-jurídica, respeitando-se os limites que garantam que a *prevenção* será exercida em benefício e sob o controle de todos os cidadãos.

7. A *política penitenciária* é a arte de saber qual o tratamento adequado e em que condições deverá ser aplicada, a fim de atingir o máximo de eficácia na luta contra a criminalidade, buscando desestimular a reincidência. A *política criminal* deve ser reconhecida através de processos

que observem: **a)** o *princípio da legalidade*; **b)** o *princípio da referência constitucional* (“*princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem dos bens jurídicos*”); **c)** o *princípio da culpa* (princípio da dignidade pessoal); **d)** o *princípio da sociabilidade* (solidariedade); **e)** o *princípio da preferência pelas reações não detentivas*. Sustenta-se a mesma hierarquia jurídico-científica entre a problemática das consequências jurídicas e a doutrina do injusto, advogando-se entre ambas uma *unidade funcional*.

8. É necessário, para a compreensão do injusto penal, reconhecer a *questão social-comunitária* e a *pluralidade de expectativas*, individuais e sociais, antagônicas. Há uma *pluralidade de protagonistas*, diante desse conflito real, com interesses legítimos e expectativas: a *vítima* (reparação do dano); o *delinquente* (ressocialização) e a *comunidade* (a paz social). Daí surgem modelos ou paradigmas da resposta penal do Estado: **a)** *dissuasório* (prevenir a criminalidade); **b)** *ressocializador* (reinsere e reabilita o condenado); **c)** *integrador* (reparação do dano, conciliação e paz social).

9. O *modelo dissuasório* (**a**) apresenta sérias limitações pela incompatibilidade estrutural com os princípios informadores do ordenamento jurídico (efeito puramente intimidatório da pena), enquanto o *modelo ressocializador* (**b**), de origem humanística, destaca-se pelo seu realismo, importando-se somente pelo impacto efetivo do castigo, absorvendo a questão social do problema penal; já o *modelo integrador* (**c**), mais completo, teoricamente alcança o objetivo-alvo do modelo estratégico das políticas públicas de segurança. Visa a capacitar o recluso para, no futuro, levar uma vida com responsabilidade social sem o cometimento de novos delitos.

10. A *execução da pena* objetiva *proteger* a sociedade da comissão de novos injustos penais. O êxito da socialização é o que atende ao binômio *correção do indivíduo e segurança social*. O que se espera do *egresso* não é apenas abster-se da realização de novos injustos, não reincidir, mas sim tornar-se um *cidadão pleno* de suas responsabilidades perante a comunidade.

11. Considera-se que o *conceito de ressocialização* é ambíguo e impreciso, mas que a polêmica não é vazia ou meramente acadêmica. Sob tal bandeira, encontramos o *antirretribucionismo*, concepção assistencial do Direito Penal, e o *neorretribucionismo*, versão contemporânea e atualizada do retribucionismo, que constitui uma faceta pior como expressão

do Direito Penal liberal. O *descrédito* da pena de prisão é uma secular consequência da *crise do sistema prisional* que atinge toda a sociedade, sob o aparato de *terror repressivo*, questionando na teoria e na prática o *conceito de ressocialização*. Aduza-se que a massa carcerária, pobre e miserável, nem sequer foi inserida no contexto social, vivendo marginalizada das pautas macrosociais. A grande onda de construções de penitenciárias de segurança máxima sufoca qualquer pretensão ressocializadora, pois *o mal da prisão é a própria prisão*, o mal da pena é a própria pena.

12. Bacigalupo recorda que o *conceito de ressocialização* se converte em sinônimo de *execução humanitária do castigo*. Os *programas ressocializadores máximos* não respondem à *ideia de autodeterminação*, mas só de *imposição*, assumindo a pena, *objetivos autoritários e impróprios* de manipulação do indivíduo, com o custo de sua liberdade e de outros direitos fundamentais, constituindo-se em atividade abusiva do Estado. A questão apresenta facetas *positivas* e *negativas*. As *positivas* se traduzem nos aspectos humanísticos da função penal, pois num Estado social e intervencionista, as *assistências* são a arma, capaz de minorar o fracasso da pena retributiva, e a *política criminal ressocializadora* seria a *terceira via* para a solução da utopia retribucionista. De outro lado, as *negativas* constituem uma função penal exclusivamente dirigida para a *ressocialização* comprometendo as exigências da prevenção geral, visto que não se pode esquecer os interesses macrosociais e a vítima do injusto penal. A *execução da pena* deve possibilitar a *(re)inserção futura*, o que requer uma *intervenção eficaz*, que exige um sólido modelo conceitual com *programas estruturados, claros e duradouros*.

13. Hassemer, defensor da *prevenção geral positiva limitadora*, destaca que sobre o conceito de (re)socialização gravita a circunstância da relevante impossibilidade de se poder apontar resultados mensuráveis, não se esquecendo de que o *Direito Penal da resposta social* tem a necessidade de *buscar uma justificativa*, o que aumenta a carga sobre os *fins da pena* imposta aos condenados para a realização dos objetivos propagados. Em concreto, as penas de prisão *estigmatizam* e *desassociam*, pois a *educação para a liberdade* não se realiza através de sua privatização. O sistema prisional *isola* o condenado e o *neutraliza* social e politicamente, constituindo-se em uma *instituição de controle e vigilância total*.

14. A *crise do pensamento ressocializador* é resultante da contradição de que, dentro da prisão tradicional, jamais se poderá levar avante

um *programa de reforma* do apenado, não oportunizando a sua inserção pela manutenção da exclusão social e da estigmatização do cárcere. Continua-se, no início da segunda década do século XXI, a repetir uma inverdade de que ao retirar o indivíduo do convívio macrossocial se deseja *ressocializá-lo* no contexto deletério da microssociedade.

15. Os juristas ainda não conseguiram resolver a complexa temática de aspirações contemporâneas que gravitam sobre a velha questão e continuam perseguindo soluções românticas ou pseudo-realistas que repousam na volta ao museu da história. Contemporaneamente, ainda encontramos um pensamento como de Jakobs sustentando que o Estado, para lutar eficazmente contra o *inimigo*, deve impor penas *desproporcionadas* e *draconianas*, *penalizar condutas inócuas* ou distantes de serem uma real e efetiva ameaça ou perigo ao bem jurídico, *eliminando* o mínimo de custas garantistas e *direitos* ao indivíduo no processo penal. Ao seu entender, diante da *sociedade contemporânea de risco*, a única via seria dirigir o Direito Penal para o *restabelecimento* através da pena da vigência da norma violada, *revitalizando* a confiança dos cidadãos na segurança normativa. O que se questiona é a *compatibilidade* com o Estado do Direito e o reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais.

16. Ferrajoli escreve que o grau de dureza tolerável das penas está diretamente ligado ao grau de desenvolvimento cultural de cada ordenamento, sendo possível a *longo prazo* imaginar-se uma drástica duração do tempo de prisão, buscando-se manter o condenado no cárcere. A pena de prisão impõe a *aflição física e psicológica* (solidão, isolamento, disciplina carcerária, perda da sociabilidade e da afetividade, enfim, da *identidade*). Para Ferrajoli, tais sofrimentos físicos e mentais tiram os requisitos de *igualdade*, *legalidade* e *jurisdicionalidade*. A instituição carcerária “*se tem transformado numa sociedade metade selvagem e metade disciplinar*”, concluindo que a prisão é “*uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial*” e, em parte, “*lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva*”. Arremata que “*o projeto de abolição da prisão não se confunde com o projeto de abolição da pena*” e que a superação da prisão só poderá ocorrer em um *processo gradual* ligado às *bases culturais* e à *redução das bases sociais de violência*, com a *etapa da minimização da duração da pena*.

17. A execução da pena só é admissível se tem por finalidade o controle social, buscando a reinserção social do condenado (*prevenção*

geral positiva limitadora). Se a pena tem sido historicamente combatida, principalmente as *penas privativas da liberdade de curta duração*, é porque não possui nenhuma *força de intimidação* sobre o condenado, e *não* pode exercer *qualquer ação educadora*, porque o encarceramento, teoricamente, deve ter uma *certa duração* para qualificar mão de obra do condenado, e, se possível, também teoricamente, corrigi-lo das pautas desviantes. De outro lado, familiariza-se com a vida penitenciária, que geralmente influi sobre o seu *ego* de uma forma tão profunda que chega a corrompê-lo. Acomoda-se à nova situação da vida deletéria, produto da instituição total (introdução na subcultura da prisão).

18. Tratar-se-á, antes de tudo, de evitar o *encarceramento, provisório ou definitivo*; no *primeiro, restringindo* a custódia provisória só nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; e, no *segundo, substituindo por pena alternativa* à pena privativa de liberdade, quando houver possibilidade de evitar a contaminação deletéria do cárcere e suas conseqüências. Advoga-se a *substituição do regime aberto* pela *prisão domiciliar* com o *monitoramento eletrônico* e, passando as três etapas do sistema progressivo a serem: *fechado, semiaberto e livramento condicional*.

19. A prisão exige do apenado uma total submissão e a perda de sua personalidade. O interno aceita o totalitarismo da instituição prisional e a ele se submete, sucumbindo. A subcultura da prisão é responsável pela desintegração moral e social, incapacitando para a inserção, constituindo-se, pois, em fator de reincidência. No estágio contemporâneo, o cumprimento da pena de prisão é simplesmente um episódio trágico para quem a suporta e um fator constante de conflito, colocando em risco a paz e a segurança pública. A vida na prisão se caracteriza pela subcultura específica. Sabe-se que os programas de intervenção suscitam problemas desde o mecanismo do *contracontrol* (subculturas carcerárias) até o *déficit* de generalização dos programas carcerários.

20. A *prisionalização* é o processo de assimilação que sofre o apenado dos *valores da subcultura carcerária*. A microsociedade apresenta um processo de aculturação, no qual o apenado vai paulatinamente se adaptando aos usos e costumes próprios para poder sobreviver. Adota novos *hábitos de vida*, ditados pela *subcultura carcerária*, que incontestavelmente modelam a personalidade constituindo-se em fator adverso à sua reinserção. No processo de *prisionalização* muito contribui a *personalidade*

e o *status socioeconômico do apenado* diante da submissão dos valores negativos impostos para o convívio carcerário durante longo tempo de reclusão. As instituições são, além de organizações formais, sistemas sociais informais, com códigos de comportamento bem definidos, que proporcionam ambiente para a aprendizagem de novas respostas sociais e reforço ou inibição de antigas respostas.

21. Não há efetivos e duradouros programas de *inserção*, mas de mero e simples *encarceramento* ou *enjaulamento*, gerando grupos e comandos marginais de autoproteção, que se configuram em fortes braços do crime organizado nas grandes metrópoles. É básico melhorar a atual situação das unidades prisionais e das entidades exclusivas para a internação de adolescentes infratores. Contemporaneamente, é mais fácil criminalizar os excluídos, que perderam suas referências políticas ou sindicais ficando em total estado de desproteção política e jurídica na hipótese de conflito legal, facilitando, assim, os abusos e desvios em seu prejuízo. Há evidente desordem dos modelos e paradigmas, consequência de uma crise da política criminal.

22. O objetivo da execução penal mais relevante é o de *criar oportunidades* para futura *(re)integração social*, buscando em uma estratégia democrática de forma participativa capacitar o encarcerado, estimulando-o a vencer a sensação de exclusão por meio de opções, respeitado o direito de ser diferente. Ao ser recolhido ao cárcere é obrigado a *abdicar* de *parte* de sua cidadania, fraturando sua personalidade, passando a *interiorizar* condicionamentos infrassociais da massa carcerária e *assimilar* hábitos e valores integrantes da cultura prisional. O rigor segregatório pleno e contínuo, ao lado da carência do real e efetivo interesse macrosocial no processo de *(re)inserção*, veda uma nova opção de vida.

23. A *questão carcerária* não pode ser resolvida no interior da microssociedade, como instituição total, pois o problema deve ser compartilhado por *toda* a sociedade. No Direito Penal estão inscritos os princípios de humanidade e de interesse público, sendo o *cárcere um processo falido de socialização*, principalmente no regime fechado em unidades de segurança máxima, no cumprimento de longas penas privativas de liberdade. Deve-se incitar a autoestima do encarcerado para que possa alimentar a *esperança na liberdade*, vencendo a sensação de incapacidade para a opção por nova vida, através do respeito e do apoio, desmistificando a

crença de que só a marginalidade e a delinquência são as únicas possibilidades de sua sobrevivência.

24. A nossa Lei de Execução Penal estatui como objetivo a ser alcançado “*proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”, ao passo que o art. 59 do Código Penal pátrio indica que o juiz penal ao aplicar a pena há de graduá-la “*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”. A finalidade (re)integradora está diretamente ligada à modalidade da execução do cumprimento das penas privativas de liberdade, das quais infelizmente ainda não se pode abdicar, devendo, em um Estado Democrático de Direito, a prevenção ser exercida em benefício e sob o controle de todos os cidadãos.

25. Nos segmentos contemporâneos, busca-se a *melhora do condenado*, que constitui o objetivo mais elevado da política criminal. Mediante a aplicação da pena, procura-se *influenciar* no apenado a *reinserção social* e, por consequência, a *não reincidência*. Para os seus defensores, a pena deve ter uma *função educativa e não aflitiva*, a fim de transformar o delinquente em um *novo homem*, respeitador da ordem social e da lei. Embora a *reinserção* esteja escrita em vários diplomas legais, normativos e constitucionais, é *inimaginável* que a prisão possa produzir *cidadãos domesticados* pela disciplina punitiva para conviverem nos padrões ditados pela sociedade dominante e, ainda depois de estigmatizados e desqualificados, para o labor produtivo. O discurso oficial legitimador das funções objetivas da pena não resiste à avaliação crítica.

26. A *teoria agnóstica da pena* sustenta não possuir qualquer função ou justificação jurídica, sendo tão só um *ato político de poder*, visto que não se pode justificar o injustificável. Repetindo Tobias Barreto: “*o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político*”. A *pena* busca, mediante condicionamentos naturais e uma metodologia de informação, *conscientizar* o apenado a *aceitar* os valores da macrosociedade, separando os questionamentos que possam traduzir um *impasse existencial* entre o delinquente e os valores impostos e aceitos pela comunidade social dominante.

27. Para que a *crise da violência urbana e rural* possa ser repensada, é necessário que haja conscientização popular e vontade política de construir um sistema prisional moderno, seguro e não corrupto, pois são inacreditáveis as condições sub-humanas em que os condenados vivem nas

concentradoras de presos e xadrezes distritais ou em estabelecimentos penitenciários superlotados, na maior ociosidade e promiscuidade, alimentando, por meio de suas organizações criminosas de sobrevivência, planos e atos de ataque à sociedade aberta, para angariar *fundos* de sobrevivência carcerária. De nada valem os esforços isolados, momentâneos e não contínuos do Poder Público para sufocar focos de criminalidade sem que exista uma *política penitenciária* séria em que o conjunto da sociedade se conscientize e participe eficazmente para reverter o quadro negro da crise.

28. O movimento de desjurisdicionalização abarca o conjunto de processos formais ou informais de controle, buscando uma solução para o conflito jurídico-penal fora do sistema formal de aplicação da norma penal pela justiça criminal, objetivando impedir o efeito estigmatizante da pena e do cárcere, estimulando a participação na execução de políticas criminais comunitárias. Os dois processos, a *criminalização* e a *prisionalização*, constituem, na verdade, aspectos correlatos dos amplos efeitos de treinamento da vida carcerária. O *controle social* é fundamental, constituindo-se em uma ferramenta de limitação e ao mesmo tempo de opções comportamentais no processo de socialização.

29. O panorama contemporâneo da execução penal, visto pelas modernas regras penitenciárias europeias para o tratamento do preso (2006), elege como princípios fundamentais que as pessoas privadas de liberdade devem ser tratadas com o devido respeito aos direitos humanos e que conservam todos os direitos que não lhes foram retirados pela decisão judicial de detenção provisória ou de condenação criminal. As restrições impostas devem ser reduzidas estritamente ao necessário e devem ser proporcionais aos objetivos legítimos pelos quais foram impostas. A vida prisional deve basear-se nos aspectos positivos da vida exterior da prisão, sendo que esta deve ser gerenciada de modo que facilite a futura reintegração. A cooperação com os serviços sociais externos deve ser incentivada, assim como a participação da sociedade civil na vida penitenciária. Todas as prisões devem ser objeto de inspeção e controle governamental regular, bem como devem ser submetidas à fiscalização de uma autoridade independente. A privação da liberdade constitui uma punição em si mesma, por isso o regime dos presos condenados não deve agravar os sofrimentos inerentes à prisão. Os procedimentos disciplinares devem ser o mecanismo de último recurso e a sanção não pode envolver uma

interdição total dos contatos com a família. Cada estabelecimento deve dispor de uma biblioteca destinada a todos os presos, dispondo de verbas para recursos variados recreativos e educativos. O direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião deve ser respeitado. Os presos têm direito a se comunicarem tão frequentemente quanto possível, por carta, por telefone ou por outros meios de comunicação, com suas famílias, com terceiros e com representantes de organismos exteriores, assim como receber visitas destas pessoas.

30. Sabe-se que *a prisão é deletéria: não educa, não socializa, não dá condições à inserção social*; portanto, *a pena de prisão deve ser substituída por restritivas de direitos em maior escala, incentivando, pelo mérito, a progressão de regime e o livramento condicional*, restringindo o cárcere tão só em relação aos portadores de comportamentos desviantes de especial gravidade, intolerados pela macrossociedade, como forma de controle direto da segurança e paz social, através de uma intervenção garantista, assegurados os direitos humanos e as assistências diante de um Estado Social e Democrático de Direito.

31. A marca do século XXI será o aumento de condutas criminalizadas e de suas violações; porém, as penas serão menos aflitivas, as respostas serão amplamente modificadas, ao se reconhecer o fracasso das penas privativas de liberdade, as quais serão substituídas por um rico arsenal de consequências jurídicas, mantido o pressuposto de uma conduta punível, mas não podendo mais retroagir à direção tradicional. A macrossociedade do século XXI terá que encontrar no seu processo de desenvolvimento formas estruturais e de organização que não mais pleitem a pena e as suas consequências danosas.

32. Registre-se que, ao fazer uma pergunta a Michel Foucault, Brochier fez a seguinte observação: *“(...) estou impressionado com o fato de que as prisões estão dentro das cidades e ninguém as vê. Ou que, quando as vê, se pergunta, distraidamente, se se trata de uma prisão, de uma escola, de uma caserna ou de um hospital?”*

Ninguém quer ver a prisão. ❖

Acolher é Proteger, Recolher é Crime

Siro Darlan

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Membro da Associação Juizes para a Democracia.

A Declaração de Genebra de 1924 estabeleceu à Humanidade o dever de observância aos direitos de crianças, do qual se infere o dever prescricional de assegurar-lhes a proteção, assim como o dever de abstenção de práticas perniciosas.

Em 20 de novembro de 1959, a Organização das Nações Unidas adotou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, posteriormente ratificada pelo Brasil. Tal documento, em consonância à proteção especial enunciada na Declaração de Genebra, expõe que “a humanidade deve à criança o que de melhor tiver a dar”, indicando em seu Princípio II e VII que:

“(...) II- A criança tem o direito de ser compreendida e protegida, e deve ter oportunidades para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. As leis devem levar em conta os melhores interesses da criança. (...)”

Reafirmando as diretivas da Declaração Universal dos Direitos da Criança, o Artigo 3 1. prevê que “(...) Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (...)”

O melhor interesse da criança se consolida como disposição de grande amplitude, que indica a prioridade em se concretizar os direitos garantidos às crianças, vez que se deve, sob quaisquer circunstâncias, considerar as melhores soluções possíveis para essa parcela da população.

A Constituição Federal de 1988 contempla a proteção dos direitos fundamentais antes mesmo de apresentar as normas organizadoras da atividade estatal, revelando o seu compromisso à consecução daqueles.

O artigo 5º, § 1º, da CRFB estabelece que as normas sobre os direitos humanos têm aplicabilidade imediata:

“(…)

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

(…)”

A efetivação dos direitos fundamentais concerne aos custos dos direitos. Em uma sociedade em que os recursos são escassos, implementar um direito fundamental, especialmente os sociais, é tarefa que exaspera os limites dos critérios jurídicos de proteção do direito para invadir a inevitável relevância dos fatos.

A Carta Magna prevê, em seu artigo 227, o arcabouço do atual regramento acerca da garantia de direitos de crianças e adolescentes, *in verbis*:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Preleciona o Professor Wilson Donizeti Liberatti:

“Nossos Tribunais têm reiteradamente, e com acerto, firmado entendimento reconhecendo que o interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre qualquer outro interesse, quando seu destino estiver em discussão”

(LIBERATTI, WILSON DONIZETI. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 17.)

Dispõe o artigo 1º da Lei 8069/90:

“Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Crianças e adolescentes passaram a ser considerados cidadãos, sujeitos de direitos, com direitos pessoais e sociais garantidos, desafiando

os governos em todas as suas esferas a formularem e implementarem políticas públicas, especialmente dirigidas a esse segmento, amparadas na destinação privilegiada de recursos.

Nesse sentido, já tive oportunidade de mencionar que a solução para problemas que envolvam crianças e adolescentes não perpassa por atitude repressiva. Ao revés, deve ser realizada mediante a consecução de políticas públicas, cuja realização impõe a apreciação principiológica em todos os níveis e esferas de atuação pública.

Ao Poder Legislativo impõe a discricionariedade regrada de prever a legislação pertinente à previsão de normas gerais que atendam aos fins propostos em sede constitucional, de modo que todos os direitos conferidos às crianças sejam alcançados, sendo certo que tais regras devem estar balisadas pela estrutura principiológica de garantia do melhor interesse das crianças.

Ao Poder Judiciário incumbe garantir a constitucionalidade e a legalidade dos atos realizados, tendo sempre em consideração a perspectiva de atuação em favor de crianças e adolescentes, destinatárias das normas preventivas e protetivas.

Por sua vez, não pode o Poder Executivo, imbuído de ponto de vista repressivo, pretender realizar **faxina social**, mediante o recolhimento das crianças, como alhures já referi, de modo que sejam crianças expurgadas da sociedade. A solução não passa pela exclusão dos indivíduos, a consideração distorcida e dissociada da previsão constitucional.

Ao contrário, impõe o respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento, mediante a previsão, garantia e execução de políticas públicas que permitam a crianças e adolescentes o alcance de seus direitos.

Nesse sentido, cabe afirmar que o Ministério Público detém atribuições legais para impor a adequada realização de políticas públicas em prol de crianças, assim como para impedir o vilipêndio acintoso de seus direitos.

Nem se afirme que se estaria adentrando o mérito administrativo. Isso porque o resguardo do mérito administrativo presume a sua legalidade. **No caso de recolhimento de crianças, não tendo por ótica o seu melhor interesse, mas tão somente a maquiagem social, verifica-se a ilegalidade, sendo de atribuição do Judiciário a sua apreciação para fins de expurgar o equívoco do ato.**

Em consonância com a recente reforma do Código Penal, Lei 12.403/2011, cabe desde logo dizer que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Assim, como leciona a doutrina, o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti* são o fundamento e o requisito da preventiva, respectivamente.

A nova Lei 12.403, de 04/05/2011, que alterou o parágrafo único do art. 313 do CPP, prevê que também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da prisão.

O mestre Guilherme de Souza Nucci, na sua obra, **Prisão e Liberdade**, sobre a nova lei, assevera que o direito ao silêncio liga-se ao contexto da imputação, mas não à identificação do indiciado ou réu. Ainda, ressalva que a Lei 12.037/2009 prevê as hipóteses nas quais se pode identificar o indiciado ou réu, criminalmente, colhendo suas impressões dactiloscópicas e sua fotografia.

O doutrinador Aury Lopes Junior, no seu livro **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**, salienta, com propriedade que lhe é peculiar, que o dispositivo em questão não autoriza a prisão preventiva para averiguações e que tal artigo deve ser interpretado em conjunto com a Lei 12.037/90, que regulamentou a identificação criminal prevista no art. 5º, LVIII, da CF.

O mestre Aury ressalva que, não sendo apresentado qualquer documento civil ou militar, ou nas hipóteses do art. 3º da Lei 12.037, será o suspeito submetido à identificação criminal e, dependendo do caso, à prisão preventiva (desde que cabível).

Como se vê, a prisão preventiva, **quando houver dúvida** sobre a identidade civil, somente poderá ser decretada na ausência de qualquer documento civil ou militar, ou nas hipóteses do art. 3º da Lei 12.037 (tais como o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação, entre outros), desde que seja cabível.

Cediço que a prisão preventiva somente tem cabimento nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos; se o suspeito tiver sido condenado por outro crime doloso com sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgências, ou se houver descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Fora as hipóteses de cabimento acima mencionadas, a prisão preventiva, quando houver dúvida sobre a identidade civil ou quando a pessoa não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, é ilegal, sob pena de afronta ao princípio da presunção da inocência.

Não se pode prender apenas para identificação pessoal.

Como bem esclarece Silvio César Arouk Gemaque “ninguém pode ser preso preventivamente apenas porque não tenha como comprovar sua identidade, sem que haja qualquer indício de prática de crime (...)”.

Finalizando, cumpre então dizer que a nova lei não pode autorizar a prisão de qualquer pessoa tão somente pelo fato de a mesma não fornecer elementos para a sua devida identificação pessoal, somente se podendo aceitá-la, desde que cabível, conforme as hipóteses acima mencionadas.

Sob esse enfoque, deve-se analisar a real natureza do denominado “Protocolo do Serviço Especializado em Abordagem Social no âmbito da Proteção Social Especial de Média Complexidade ” que está sendo implementado pelo Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro.

Diz o citado documento (Resolução SMAS nº 20, de 27 de maio de 2011, publicado no Diário Oficial Eletrônico do Município de 30.05.2011), no seu artigo 5º, inciso XV, *in verbis*:

“Art. 5º - São considerados procedimentos do Serviço Especializado em Abordagem Social, devendo ser realizados pelas equipes dos CREAS/Equipe Técnica/Equipe de Educadores:
(...)

XV – acompanhar todos os adolescentes abordados à Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente - DPCA, **para verificação de existência de mandado de busca e apreensão** e após acompanhá-los à Central de Recepção para acolhimento emergencial;”

(...)(grifei)

Cediço que a apreensão em flagrante do adolescente infrator é medida drástica de privação de liberdade, em relação a qual devem ser rigorosamente observados os direitos e garantias previstos no ECA, sob pena de responsabilização.

Registre-se que, há que deixar claro, a criança (até 12 anos de idade incompletos) não será apreendida em flagrante pela polícia por prática de ato infracional, mas apenas o **adolescente** (de 12 até 18 anos de idade incompletos). Segundo o artigo 105 do ECA, ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101 (medidas protetivas ou de proteção em espécie), a serem aplicadas pelo Conselho Tutelar (art. 136, I) ou Juiz da Infância e Juventude (art. 262). Pelo ora exposto, depreende-se que, *prima facie*, inexistirá mandado de busca e apreensão expedido em desfavor de **criança**, logo, a dita abordagem, para o efeito previsto no inciso acima referido, atinge ou deveria atingir apenas o **adolescente**.

Por outro lado, nos termos do ECA (art. 106, *caput*), em norma adaptada do art. 5º, LXI, da Constituição, o adolescente somente será privado de sua liberdade em duas hipóteses: 1) em caso de **flagrante de ato infracional** ou 2) por **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**.

Ora, se a apreensão ou a “abordagem” do adolescente não se deu em razão de flagrante de ato infracional, sua condução coercitiva à DPCA para verificação de existência de mandado de busca e apreensão representa claro desrespeito às garantias constitucionais e infraconstitucionais.

A apreensão em flagrante do adolescente está regulada no ECA, mais precisamente, no Título VI: Do Acesso à Justiça, Capítulo III: Dos Procedimentos, Seção V: Da Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente, valendo salientar que aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas no Código de Processo Penal e leis processuais esparsas pertinentes (cf. art. 152).

Assim, somente se houver **dúvida** sobre a idade real do adolescente, cuja identificação não foi obtida e que alega ser menor de 18 anos, como tal será ele tratado, inclusive na lavratura dos respectivos procedimentos, até esclarecimento através do órgão de identificação ou perícia médico-legal. A identificação compulsória, em consonância com o art. 5º, LVIII, da CF ocorre nos termos do art. 109 do ECA, que dispõe que: “O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação com-

pulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, **havendo dúvida fundada**". (grifei) Realizada a identificação ao arrepio da hipótese legal, configura-se a responsabilidade penal do art. 232 do ECA.

Deve-se, portanto, evitar a vulgarização da apreensão do adolescente, estabelecendo-a como uma rotina de abordagem social, sob o falso aspecto de que se está cumprindo a norma legal. O Poder Público, como garantidor dos direitos dos adolescentes apreendidos, deve repelir qualquer atitude que vise a expor a imagem e identidade destes, e deve pautar seus esforços e ações no sentido de priorizar a proteção integral a que fazem jus.

Destarte, o ECA constitui paradigma de enfrentamento proporcional e garantista das questões que envolvem a infância e juventude, e, como tal, deve ser o instrumento legal utilizado por aqueles que são incumbidos pela ordem constitucional de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos das crianças e dos adolescentes.

Dessa forma, conclui-se que as ações de recolhimento de adolescentes realizadas ao arrepio do ECA com a aplicação subsidiária do parágrafo único do art. 313 do CPP, e a implementação do famigerado "Protocolo do Serviço Especializado em Abordagem Social", em detrimento dos interesses superiores dos adolescentes, são incabíveis, inconcebíveis e flagrantemente ilegais, uma vez que afrontam a doutrina da proteção integral e contrariam os princípios de interpretação insculpidos no art. 6º da Lei 8.069/90 e no art. 227 da Constituição Federal. ❖

Interrogatório Judicial: a Entrevista Prévia e Reservada com Defensor e a Participação das Partes

Eduardo Francisco de Souza

Juiz Federal substituto. Vara Federal de Nova Friburgo.

I -NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO: UM ANTIGO DEBATE

Embora o vigente Código de Processo Penal situe o interrogatório judicial no título referente à prova, a doutrina tem debatido sua natureza: se meio de prova ou mero ato de defesa.

Ao tempo do processo de cunho inquisitorial, o interrogatório estava ligado à confissão do acusado, tratando-se aquele do momento, por excelência, em que o juiz deveria obter a confissão do acusado. Este, aliás, era reduzido à condição de mero objeto do processo, pois sua posição dificilmente autorizaria considerá-lo como sujeito de direitos. A importância da confissão era tanta que lhe era cunhado o apelido de “*regina probatum*”, ou seja, figurava, entre os meios de prova, como uma rainha, cuja majestade não era passível de ponderação.

Em contraposição a esse modelo, o sistema acusatório repudia a colocação do acusado em situação de completa submissão. Caracteriza-se, na lição de ADA PELEGRINI GRINOVER¹ como um processo de partes, em que a relação processual, triplíce, coloca em pé de igualdade a acusação e a defesa, nitidamente separadas do juiz.

Dessarte, o interrogatório melhor se define como um ato essencialmente de defesa, sobretudo, de autodefesa, visto que no processo penal, ao lado da defesa técnica, exercida pelo advogado, hodiernamente indispensável (art. 133, CF), o acusado pode defender-se pessoalmente. O in-

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. "Influência do Código de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 1, 1993, p. 41-63.

interrogatório é o momento propício para o diálogo direto entre o acusado e o juiz, na expressão de RENÉ ARIEL DOTTI².

Na doutrina, encontram-se defensores do interrogatório como meio exclusivamente de defesa³, bem como aqueles que oferecem a solução conciliatória, ou seja, o interrogatório é meio de defesa, sem deixar de ser meio de prova⁴.

Parece-nos que o interrogatório essencialmente se destina a ser ato de defesa, e, simultaneamente, é meio de prova, podendo o juiz levar em conta as declarações do acusado para fundamentar decreto condenatório, mormente em razão do princípio da comunhão da prova, o que não seria possível caso se tratasse de exclusivo meio de defesa.

Pode-se detectar, especialmente com a Constituição Federal de 1988, em cujo art. 5º há uma série de direitos/garantias relacionados ao processo penal (*v.g.*, contraditório e ampla defesa, direito ao silêncio, vedação às provas ilícitas entre outros), como também em razão de sucessivas alterações no Código de Processo Penal, que o sistema acusatório vem se firmando como o modelo regente de nossas instituições jurídico-criminais.

Aliás, o próprio momento em que, atualmente, se realiza o interrogatório, que passou a ser efetivado ao final da instrução (art. 400, do CPP) corrobora o caráter bifronte do instituto, ser meio de prova e meio de defesa, pois o acusado tem a oportunidade de falar após conhecer todo o acervo probatório, visto que lhe é assegurado, inclusive, presenciar o depoimento das testemunhas, salvo no caso de sua presença causar-lhes sério temor. Anteriormente à Lei 11.719/2008, o acusado era citado e interrogado em sequência. O momento em que o interrogatório é realizado foi objeto de interessante debate na doutrina, conforme lição de NILZARDO CARNEIRO LEÃO⁵:

“Terá que ser levado em conta também o momento em que será realizado o interrogatório, sua proximidade ou não com

2 DOTTI, René Ariel. "A presença do defensor no interrogatório". Disponível em <http://online.sintese.com>. Acesso em: 2.9.2011.

3 "Se o acusado pode calar-se não se pode dizer seja o interrogatório um meio de prova" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 451).

4 Julio Fabbrini MIRABETE (**Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 277) posiciona-se nesse sentido, bem como ensina que tal corrente tornou-se a majoritária.

5 CARNEIRO LEÃO, Nilzardo. "Do interrogatório do acusado". Arquivo Forense, v. XXXVIII, 1959, p. 48.

a data do fato delituoso. Os clássicos afirmam que tanto mais objetivo será o interrogatório quanto mais próximo estiver do crime; corrente outra sustenta tese contrária: deve ser retardado um pouco, para que haja maior fixação dos fatos na mente do interrogado, surgindo daí o sentimento de culpa”.

Curioso notar que antes mesmo do vigente Código de Processo Penal, fortemente marcado pela ideologia do Estado Novo, o processo penal brasileiro conheceu uma fase liberal. Na lição de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO⁶, “já se foram os tempos em que era proclamada, com alarde, a intangibilidade do direito do réu no interrogatório, reputado única e exclusivamente meio de defesa”, exemplificando tal fase com a citação da exposição de motivos do Decreto n. 848, de 1890, em que o Min. Campos Salles condenava a figura do juiz que buscava a confissão do acusado, extorquida à força de uma sagacidade criminosa.

Mesmo não se esquecendo dessa primitiva fase liberal, o sistema criminal de justiça somente ganhou mais sólidos contornos democráticos na presente era, aproveitando-se da relativa estabilidade de nossas instituições pós 1998, embora ainda careça de aperfeiçoamento. No que tange ao interrogatório, pode-se, a partir da legislação vigente, identificar aspectos em que se transparece o modelo acusatório.

O art. 185 do CPP, ao dizer que “O acusado *que comparecer* perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na *presença de seu defensor*, constituído ou nomeado” deixa claro que o comparecimento do acusado é facultativo (extensão, aliás, do direito ao silêncio, bem como do direito de ser acompanhado por defensor, inclusive nomeado pelo juiz, caso não disponha de meios para constituir um de sua confiança). Por sua vez, deve ser advertido do “*direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas*” (art.186), sem que tal possa ser interpretado em seu desfavor. No presente trabalho, enfocaremos primordialmente duas inerências do sistema acusatório refletidas no interrogatório: o direito do acusado a entrevistar-se prévia e reservadamente com seu advogado antes do ato e a participação das partes e advogados no ato.

⁶ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 17-18.

II – DIREITO À ENTREVISTA PRÉVIA E RESERVADA

O art. 185, § 5º, do CPC, estabelece que:

“em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso”.

O direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor já estava previsto no Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969⁷, e restou melhor delineado pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que modificou o CPP.

Está intimamente ligado à garantia constitucional da ampla defesa, que exige o oferecimento ao acusado do maior número possível de meios para sua concretização. Seu surgimento complementa a garantia de que qualquer acusado deve ter assegurado o acompanhamento de um defensor. A entrevista prévia, que deve ser assegurada pelo magistrado, também foi instituída em benefício do advogado (cuja indispensabilidade foi realçada pela Constituição), mormente quando se trata de acusados presos, cujo acesso nem sempre é facilitado pelo sistema prisional, possibilitando ao profissional o cumprimento de seu mister⁸.

A entrevista com o defensor representa ainda a confluência entre a autodefesa e a defesa técnica, em que esta, exercida pelo defensor, pode afinar-se com aquela. Com efeito, na conversa reservada com o seu cliente, o advogado poderá ouvi-lo, elucidar-lhe o teor da acusação e indicar-lhe uma estratégia de defesa, além de ser uma oportunidade de tranquilizar o acusado, momento pedagógico para instruí-lo dos seus direitos, mormente o de permanecer calado, bem como conscientizá-lo de que se eventualmente faltar com a verdade não sofrerá penalidades por tal conduta⁹.

7 Artigo 8º - Garantias judiciais...

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

8 Observe-se, entretanto, que não há obrigatoriedade de requisição de acusado preso para mera entrevista com o defensor, desvinculada do interrogatório. (TJRJ; HC 0019670-73.2010.8.19.0000; Rel. Des. Antonio Carlos Nascimento Amado; DORJ 13/10/2010)

9 Embora não se trate de um direito de mentir, pode-se dizer que se trata de uma faculdade, pois, conforme

O direito à entrevista deve ser assegurado, estando na esfera de liberdade do acusado ou de seu defensor fazer usá-lo, cabendo ao juiz apenas advertir o acusado da existência de tal direito, não havendo que se falar em determinação de ofício. Cumpre notar que se tal direito não for assegurado, poderá implicar nulidade do ato, nulidade esta que se reveste de caráter relativo¹⁰. Realmente, a nulidade só deve ser reconhecida caso comprovado o prejuízo para a defesa, conforme o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo art. 563 do CPP¹¹, prejuízo que não ocorrerá, por exemplo, se o acusado permanecer calado durante o interrogatório.

Há certa ponderação na jurisprudência no sentido de que o direito à entrevista prévia e reservada é vocacionado em especial para o acusado quem tem defensor nomeado pelo juízo¹², notadamente quando se encontra preso, sendo no mais das vezes a primeira oportunidade para conversar com o defensor.

Nesse passo, a garantia deve ser flexibilizada quando se trata de réu que responde em liberdade e com advogado constituído¹³, pois quando do interrogatório já travou contato com seu defensor. Quer dizer, não é que o juiz não deva assegurar-lhe tal direito; apenas, se eventualmente não formular tal advertência, nessas condições, não há que se falar em nulidade.

O direito à entrevista, inclusive, tem o condão de sanar vício decorrente de ausência de citação do réu preso¹⁴, que apenas fora requi-

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, (*ob. cit.*, p. 452), “o réu, se quiser ser interrogado, poderá mentir à vontade”, nada lhe acontece, salvo se fizer uma auto-acusação falsa ou uma denúncia caluniosa.

10 Há jurisprudência reconhecendo que a infringência a tal direito implica nulidade absoluta (STJ; HC 82350; Rel. Maria Thereza De Assis Moura; DJE 08/06/2009).

11 Art. 563 - Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

12 “O direito de entrevista prévia e reservada entre o réu e seu defensor está ligado ao interrogatório do acusado e não à audiência de instrução e julgamento. A garantia possibilita ao réu que não possuía advogado constituído conversar antecipadamente com o defensor nomeado, para que possa ser orientado sobre as consequências de suas declarações, de modo a não prejudicar sua defesa.” (STF; HC 99684; Rel. Min. Ellen Gracie).

13 “EMENTA (...) O defensor público e o dativo são os principais destinatários da norma, pois, na maioria dos casos, conhecem o réu somente no momento do interrogatório. No tocante ao defensor constituído, a utilização dessa garantia, embora possível, praticamente inexistente, uma vez que ele é cientificado da data da audiência muito tempo antes, o que lhe assegura a oportunidade de conversar antecipadamente com seu cliente e orientá-lo. Evidentemente, havendo necessidade, pode requerer ao juiz que tal entrevista prévia lhe seja facultada. VII - In casu, tanto o magistrado quanto o representante do MPF retiraram-se da sala de audiência por ocasião da entrevista, permanecendo apenas o acusado, seu defensor e os policiais que faziam a escolta. A permanência dos policiais ocorreu por motivos de segurança pública, uma vez que as dependências do Fórum não asseguravam a prática do ato sem o risco de uma eventual fuga ou para a segurança em geral.” (TRF 3ª Reg.; HC 29891; Rel. Juiz Cotrim Guimarães; DJF3 CJ1 08/10/2009).

14 “HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO (ARTIGO 155, § 4º, INCISO III, COMBINADO COM O ARTIGO 14, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL). ACUSADO PRESO. CITAÇÃO PESSOAL (ARTIGO 360 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).

sitado para o interrogatório. Durante o ato, o juiz, ao esclarecer, mediante a leitura da denúncia, reforçado pela entrevista prévia com o advogado, supre a falta de citação, cuja finalidade é não apenas integrar o acusado na relação processual, mas também informá-lo acerca do conteúdo da acusação, essencial para que possa exercer seu direito de defesa.

Tal direito, na dicção da lei, deve ser assegurado qualquer que seja a modalidade de interrogatório judicial, inclusive aquele que se opera por videoconferência, tendo a lei se preocupado em garantir *“o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso”* (art. 185, § 5º, *fine*, CPC).

Submete-se a limites, não sendo reconhecido na fase policial¹⁵, ante o caráter inquisitivo desta. Operacionaliza-se pela disponibilização de uma sala, ou mesmo pela simples retirada do juiz e dos demais da sala de audiência, ou através de tecnologia adequada, como a estabelecida por *“meio de interfone, livre de interferência de qualquer agente bioló-*

NULIDADE. REGULARIZAÇÃO DA EIVA PELO COMPARECIMENTO DO RÉU (ARTIGO 570 DA LEI PROCESSUAL PENAL). NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. EIVA NÃO RECONHECIDA. “1. Não se desconhece a existência de julgado desta colenda Quinta Turma no sentido de que a ausência de citação do acusado que se encontra preso é causa de nulidade absoluta (HC HC 69.838/PI, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2008, DJe 04/08/2008). 2. Conforme decidido no referido precedente, com o advento da Lei 10.792/2003, que alterou a redação do artigo 360 do Código de Processo Penal, não é mais suficiente a simples requisição do acusado preso, impondo-se a sua citação pessoal. 3. Contudo, no caso em análise, não houve apenas a requisição do paciente, mas sim a determinação de sua citação pessoal, que só não ocorreu por ele não se encontrar no estabelecimento prisional apontado no respectivo mandado. 4. Ademais, na própria ata do interrogatório constou expressamente que o paciente teria comparecido em razão de citação que estaria certificada, embora tal documento não conste dos autos. 5. Ainda que assim não fosse, depreende-se que, após qualificar o paciente, o Juiz de Direito possibilitou a entrevista reservada entre ele e sua defensora, razão pela qual se tem como cumprida a finalidade do artigo 360 do Código de Processo Penal - que impõe a citação pessoal do réu que estiver encarcerado -, já que, antes de ser inquirido, teve conhecimento da acusação contra si formulada, podendo conversar em particular com membro da Defensoria Pública, restando observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. 6. Ademais, é necessário frisar que mesmo que se considere hipótese de eiva absoluta a inexistência de citação do acusado preso, a própria Lei Processual Penal, no artigo 570, estabelece a possibilidade de regularização da falta ou nulidade do referido ato processual. 7. Ressalta-se que, atualmente, até mesmo em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida. 8. Por conseguinte, ainda que se considere não ter havido a citação pessoal do paciente, que estava preso, para ser interrogado, e mesmo que se entenda que tal ausência constitui nulidade absoluta, o certo é que a Defensoria Pública impetrante não demonstrou qualquer prejuízo à defesa, o que impossibilita o reconhecimento da citada eiva”. (STJ; HC 138142; Rel. Min. Jorge Mussi; DJE 16/11/2010).

“A possibilidade de entrevista reservada do réu com seu Defensor antes do interrogatório, introduzida pela Lei 10.792/03, buscou resguardar ao acusado, desprovido de Advogado constituído, o direito de receber orientações de um Defensor Público ou Dativo, destinatários prioritários da norma, nomeado para o ato; na verdade, o Advogado constituído já terá tido a oportunidade de conversar com seu cliente, orientado-o das consequências de suas declarações em juízo e da linha de defesa a ser adotada. 2. 3. Ademais, eventual alegação de inobservância ao art. 185, § 2º. do CPP, quando o réu já é assistido por Advogado constituído, representa nulidade relativa, de sorte que depende de comprovação concreta do prejuízo sofrido” (STJ; HC 152060; Rel. Napoleão Nunes Maia Filho; DJE 06/09/2010).

15 TJRS; ACr 70027663962; Rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry; DOERS 15/04/2009.

gico, ou seja, respeitando-se a privacidade e sigilo que são inerentes ao exercício da advocacia”¹⁶.

O CPP determina que *“Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente”* (art. 191), o que deve ser compatibilizado com o direito de entrevista reservada com o advogado. Tal determinação perderia sentido se o advogado que assistiu o depoimento do corréu pudesse entrevistar-se com seu cliente que ainda não depôs. A lei fala em entrevista prévia, mas não diz se prévia ao interrogatório de cada réu ou aos interrogatórios em geral.

A necessidade de se impedir que um acusado presencie o interrogatório de outro é tão premente que levou EDUARDO ESPÍNOLA FILHO¹⁷, em sua clássica obra, a ensinar que:

“Entendemos que, a fim de manter-se, com todo rigor, a finalidade dessa separação, o advogado de um dos co-réus, ainda não interrogado, não deve ser admitido a assistir o interrogatório dos outros, pois terá elementos verdadeiramente preciosos para instruí-lo.”

Repare-se que a advertência do provector professor estaria mais adequada à época em que não se reconhecia a plenitude do direito ao silêncio, muito menos a existência do direito de entrevista pessoal, que serve justamente para possibilitar o réu a instruir o acusado. Nesse passo, o art. 191 do CPP, que trata da inquirição em separado, deveria sofrer uma releitura, no sentido de que sua teleologia seria apenas para evitar que um acusado fosse influenciado pelo depoimento do outro¹⁸, não sendo vedado o conhecimento do teor do depoimentos por parte dos demais acusados.

Nesse ponto, o caráter de meio de prova, também inerente ao interrogatório, não pode ser negligenciado, sob o argumento de ser o interrogatório meio de defesa. É preciso conciliá-los, preservar a vertente probatória do interrogatório implica reconhecer o caráter histórico que envolve o processo criminal, e a prova judicial destina-se a hercúlea tare-

¹⁶ STJ; HC 130894; Rel. Min. Jorge Mussi; DJE 14/06/2010.

¹⁷ ESPINOLA FILHO, *op. cit.*, p. 14.

¹⁸ “Interrogatório em separado: é a forma correta de se evitar que haja influência de um co-réu sobre outro, levando-os, muitas vezes, a confissões ou acusações falsas.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2008, p. 423).

fa, de reconstrução de uma realidade já passada no tempo¹⁹. A fim de preservar a atuação do juiz nesse processo de reconstrução passado, parece-nos que é lícito ao legislador erigir meios, tal como a inquirição separada, que em nada prejudica o direito de defesa do acusado.

Veja-se que a inquirição separada preserva a igualdade das partes, pois, do contrário, privilegiar-se-ia uma das partes, a que restar a ser ouvida por último, em detrimento daquela ouvida inicialmente, em arrepio à paridade das armas.

É prudente que o juiz, antes de iniciar os interrogatórios, advirta aos advogados e acusados que, caso queiram exercer o direito de entrevista, o façam naquele momento, sob pena de preclusão.

A presença do advogado no interrogatório do corréu será objeto de maiores consideração no tópico seguinte.

III – DA PARTICIPAÇÃO NO INTERROGATÓRIO: “CHAMADA DO CORRÉU” E FORMA DE INQUIRIÇÃO

Em um primeiro momento, negou-se até mesmo ao advogado do interrogado a possibilidade de participar do interrogatório, conforme antiga redação do art. 188.

Com o advento da Lei n. 10.792/2003, o dispositivo passou a permitir uma participação das partes no interrogatório, através de esclarecimentos, sob controle do julgador:

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

A nova redação salienta o caráter bifronte do interrogatório, pois, sendo também meio de prova, possibilitou-se às partes, inclusive o advogado do interrogado, explorar o testemunho deste. Neste ponto, o interrogatório submete-se ao princípio da comunhão da prova²⁰, pelo qual não é uma prova exclusiva de uma das partes, e sim uma prova do processo, que pode ser usado tanto para favorecer quanto para prejudicar o interrogado.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 426.

²⁰ STJ; HC 100.792; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 30/06/2008.

Nesse ponto, interessante constatar que na Itália, a própria lei, em demonstração de lealdade perante o acusado²¹, impõe que seja o acusado advertido que suas declarações poderão ser usadas em seu desfavor²². Com efeito, o silêncio do acusado não pode lhe prejudicar, o que não quer dizer que suas declarações não possam ser usadas contra ele.

O CPP faculta ao acusado, quando nega a imputação, indicar “*se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime*” (art. 187); bem como, “*se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam*” (art. 190). Quanto à situação disciplinada neste último dispositivo, a doutrina denomina de “chamada de corrêu”, “delação” ou “chamamento de cúmplice”.

Respeitável doutrina entende ser inadmissível tal delação como fonte de prova, fundando-se sobretudo em razão de não admitir a lei, quando do interrogatório, a intervenção do acusador, nem do defensor²³.

A jurisprudência, entretanto, se firmou no sentido de ser válida a delação do corrêu, “*desde que amparada por outros elementos de prova*”²⁴. Num primeiro momento, entretanto, não se admitiu a participação dos advogados do corrêu no interrogatório dos demais acusados, sob o argumento de que:

“EMENTA...Não existe amparo legal para a participação de Advogado no interrogatório de Corrêu de que não é Patrono, com a finalidade de formular questionamentos. 2. Qualquer alegação de Corrêu, durante o interrogatório, que porventura incrimine exclusivamente outro Acusado, pode ser contestada em momento oportuno, durante a instrução do processo-crime.” (STJ; HC 96.100;Relª Minª Laurita Vaz; DJE 13/12/2010)

O entendimento em apreço mostra-se contraditório, pois ao tempo em que considera a delação do corrêu fonte de prova, a subtrai do contraditório, visto que impede àqueles que podem ser prejudicados por tal delação o direito de participar da sua produção.

21 TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 11ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2010, p. 125-126.

22 “Art. 64. (Regole generali per l’interrogatorio). 3. Prima che abbia inizio l’interrogatorio, la persona deve essere avvertita che:

a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti”.

23 TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 455.

24 TRF 3ª R.; ACR 11374; Relª Juíza Cecilia Mello; DJU 30/01/2004.

Assim, com esteio no princípio do contraditório, em cujo núcleo conceitual está o direito de participar e contribuir na formação do acervo probatório, os tribunais passaram a admitir a participação dos advogados, com direito de fazer perguntas: *“a decisão que impede que o defensor de um dos réus pergunte ao outro acusado ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, gerando nulidade absoluta”*²⁵. Nessa esteira, reconheceu-se obrigatória a intimação de corréus e seus defensores para o interrogatório do outro réu, sob pena de ofensa ao direito à plenitude de defesa e ao tratamento igualitário das partes²⁶.

Nesse passo, é interessante notar a solução dada pelo Direito italiano, que fez constar em seu Código de Processo Penal²⁷ que, no caso de delação de corréu, o juiz fará ao interrogado a advertência de que ele se revestirá da condição de testemunha em relação a tal fato.

No Brasil, todavia, há precedentes que refutam a atribuição de testemunha ao interrogado, que jamais poderia se submeter ao compromisso de dizer a verdade:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CO-RÉU DELATOR. TESTEMUNHA DE DEFESA. (...). Construção jurisprudencial firmada no sentido de que a condição de co-réu constitui impedimento para testemunhar nos autos, por gozar o acusado, no processo, da prerrogativa constitucional de manter-se em silêncio, sem que tal ato lhe importe qualquer sanção. No caso vertente, os elementos colhidos do co-réu não têm, isoladamente, aptidão para embasar um Decreto penal condenatório. Seu valor é aferido em harmonia com os demais elementos carreados aos autos, obtidos na fase pré-processual ou decorrentes da instrução criminal. Ordem que se denega.” (TRF 2ª R.; HC 3971; Proc. 2005.02.01.002636-2; RJ; Primeira Turma Especial; Rel. Juiz Sergio Feltrin Correa; Julg. 15/06/2005; DJU 24/06/2005; Pág. 451)

25 STF; HC 101.648; Relª Minª Carmen Lúcia; DJE 09/02/2011.

26 STJ; HC 172.390; Rel. Min. Gilson Dipp; DJE 01/02/2011.

27 Art. 64. (Regole generali per l'interrogatorio). 3. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che:

c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salvo le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis.

Com efeito, não se admite a oitiva de corréu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, com exceção apenas do corréu colaborador ou delator, na chamada delação premiada, prevista na Lei nº 9.807/1999²⁸. Entendeu-se pela possibilidade, no entanto, de ser arrolado como testemunha em processo diverso:

“HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO DO RÉU. MEIO DE DEFESA. RÉU REVEL QUE COMPARECE EM JUÍZO DEVE SER OUVIDO. CO-RÉU EM PROCESSO DIVERSO OUVIDO COMO TESTEMUNHA DE DEFESA. POSSIBILIDADE. ASSEGURADO DIREITO DE NÃO AUTO-INCRIMINAR-SE. (...) 2- Não há vedação de o corréu em outra ação penal ser ouvido como testemunha em feito diverso cujos fatos não são completamente idênticos. Se depõe na qualidade de testemunha, tem também direito ao silêncio quando a resposta à indagação possa incriminá-lo ou acarretar-lhe grave dano ou ainda quando deva guardar sigilo profissional, bem como de serem assistidos por advogado e o de não serem compelidos a firmar termo de compromisso legal como testemunha, sem que tal recusa constitua motivo para prisão em flagrante, por desobediência (art. 330 do CP) ou falso testemunho (art. 342 do CP). 3- Ordem concedida.” (TRF 3ª R.; HC 0018673-36.2011.4.03.0000; Rel. Des. Fed. José Lunardelli; DEJF 01/09/2011)

Questão interessante, que afeta a forma de participação das partes, assegurada pela novel redação do art. 188, diz respeito ao modo como deve ser tomado o depoimento. É que o CPP passou a admitir que o defensor inquiria diretamente a testemunha e o interrogado, no rito do tribunal do Júri:

“Art. 212. As perguntas serão *formuladas pelas partes diretamente à testemunha*, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.”

“Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção. (Alterado pela L-011.689-2008)

²⁸ TRF 5ª R.; HC 4299; Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti; DEJF 08/07/2011.

§ 1º O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, *poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.*”

Há quem entenda ser cabível a indagação direta do interrogado pelas partes, qualquer que seja o rito²⁹. Nesse ponto, se não bastasse a carência de expressa autorização legal, pois a indagação direta só é admitida pelo CPP no rito do Tribunal do Júri, a faceta de ato de defesa recomenda que a participação das partes sofra o filtro judicial com maior intensidade quando se trata de perguntas formuladas pela acusação, a fim de evitar coação ou indagações capciosas, o que impõe a manutenção do sistema presidencialista no interrogatório. A permissão da indagação direta, no Tribunal do Júri, em nosso sentir, se deve a peculiar condição deste processo, em que há uma participação popular em sua composição, cujos integrantes julgam com base na consciência.

Para finalizar este tópico, relativo a participação das partes no interrogatório, cumpre fazer uma consideração sobre o papel do juiz no ato. Muito embora o sistema acusatório identifique o processo criminal como um processo de partes, no qual é vedado a iniciativa probatória por parte do juiz, conforme escólio de AFRANIO DA SILVA JARDIM³⁰, não reputamos correto atribuir ao juiz uma função passiva e acrítica frente o interrogatório.

Ao dialogar com o acusado, deve o juiz manter-se atento à postura do interrogado, seu tom de voz, suas reações às perguntas, à clareza de sua exposição, tendo o tirocínio de questionar eventual incoerência na narrativa, ou, na feliz lição do Professor NILZARDO CARNEIRO LEÃO³¹, *“a função do julgador, no interrogatório, não é, rotineiramente, de simples escutador da narração do fato pelo acusado, deve ser empregada toda atenção possível.”* ❖

29 FEITOSA, Denílson. **Direito Processual Penal**. Teoria, crítica e práxis. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 745.

30 JARDIM, Afrânio da Silva. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 322.

31 CARNEIRO LEÃO, *op. cit.*, p. 48.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço emerjpublicacoes@tjrj.jus.br;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman – 12**
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – **10**
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada³

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

2 *Idem*, 2001, p. 19.

3 RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.