

REVISTA DA

ISSN 2236-8957

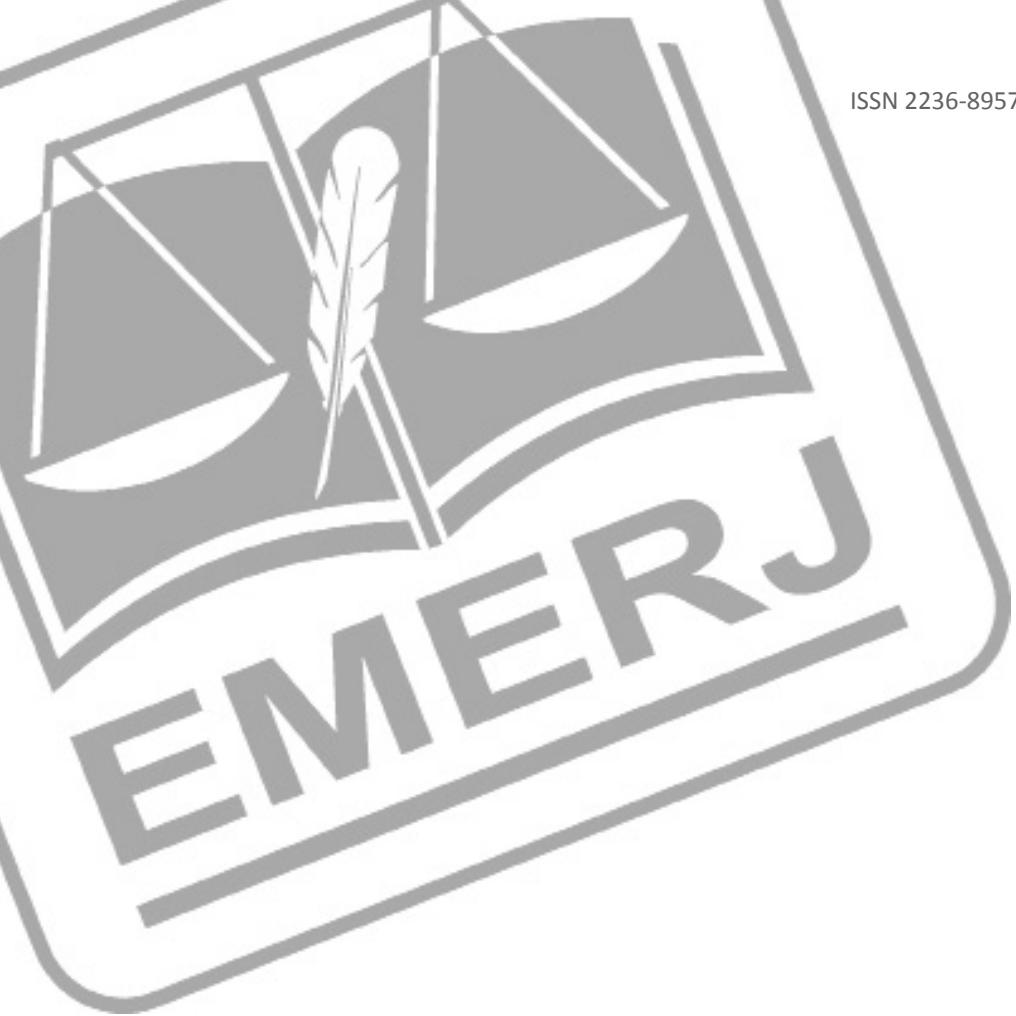
EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO • V. 18 • N. 71 • Novembro / Dezembro • 2015



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 18 - n. 71 - 2015
novembro/dezembro

Rio de Janeiro

© 2015 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; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze; Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa; Des. Nagib Slaibi Filho; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Des. Nagib Slaibi Filho.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago.

Revisão Ortográfica: Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

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

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

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

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

❖ DIRETOR-ADJUNTO

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Juíza de Direito Maria Aglaé Tedesco Vilar do

Juiz de Direito Luiz Márcio Victor Alves Pereira

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

❖ COMISSÃO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO INICIAL**:*

Desembargador Milton Fernandes de Souza (Presidente)

Desembargadora Jaqueline Lima Montenegro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito

Juíza de Direito Maria Paula Gouvêa Galhardo

Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO CONTINUADA**:*

Área de Direitos Humanos, Gênero, Ética, Filosofia e Sociologia

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira e Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

Área de Direito Civil, Processo Civil, Consumidor e Empresarial

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo e Juiz de Direito Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Área de Direito Penal, Processo Penal, Idoso, Criança e Adolescente
Desembargador Alcides da Fonseca Neto e Juiz de Direito André
Ricardo de Franciscis Ramos

Área de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Eleitoral
Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade e Juiz de Direito
João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

❖ **PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

❖ **COORDENADOR DE ESTÁGIO**

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

❖ **COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD**

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ **COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS**

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ **SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ **ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL**

Fernanda Castro Faria Graça Melo

Sumário

- 7 | Apresentação**
- 11 | O Mito da Eleição Direta para Presidente dos Tribunais**
Reis Friede
- 27 | A Aplicação do Direito no Código de Processo Civil de 2015**
Nagib Slaibi Filho
- 48 | Deveres e Direitos da Pessoa Privada de Liberdade. A Violação dos Direitos Fundamentais**
Álvaro Mayrink da Costa
- 60 | Guarda Compartilhada. O princípio da igualdade dos cônjuges na inteligência do inciso V do artigo 1.634 do Código Civil**
André Felipe A. C. Tredinnick
- 71 | Estabilização da Demanda e Possibilidade de Alteração da Causa de Pedir e do Pedido até a Sentença**
Daniel Vianna Vargas
- 81 | Crime de Tortura - Estudo de Caso Concreto, com Análise Técnico-jurídica e Ponderações sobre a Diferença entre Tortura, Tratamento Desumano ou Cruel e Tratamento Degradante**
Rodrigo José Meano Brito
- 88 | Violência de Gênero no Século XXI: A Pornografia de Vingança**
Amirton Archanjo Morelli Junior
Flávia Sanna Leal de Meirelles

- 94 | O Regime de Crédito no IPI e a Imunidade, Isenção e Alíquota Zero**
Flavio Mattos
- 109 | O Futuro da “Recuperação Judicial da Empresa”**
Jorge Lobo
- 113 | Perfil Atual do Mandado de Segurança Coletivo: A delimitação do objeto e da sua legitimidade ativa**
José Tadeu Neves Xavier
- 141 | Não Realização de Audiência de Custódia Gera Defeito Processual Insanável, Sendo Necessário Revogar Medida(s) Cautelar(es) Fixada(s) sem Possibilidade de Exercício do Contraditório**
Luiz Eduardo Cani
- 159 | A Boa-Fé Objetiva nas Relações Empresariais: Parâmetros para o controle da atividade do intérprete**
Rafael Mansur de Oliveira
- 187 | Normas para Apresentação de Artigos**

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Desembargador e Presidente do TJERJ

Honram-me o Diretor da Escola da Magistratura e o Diretor da Revista da EMERJ, amigos e Desembargadores Caetano da Fonseca Costa e Nagib Slaibi Filho, com o convite para apresentar a edição de nº 71 deste que é um repositório – a um só tempo clássico e sintonizado com a atualidade – das mais argutas reflexões sobre a aplicação jurisdicional do Direito, o direito processual e as questões institucionais e deontológicas que tocam a todos os magistrados. Dado o generoso ensejo, cabe-me corresponder à expectativa de, diante da profundidade e da extensão dos assuntos aqui tratados, bem como de sua importância e, por último mas não menos importante, diante da recomendação machadiana de jamais cansar os leitores, contextualizar e introduzir, com brevidade, a significativa produção intelectual aqui enfeixada.

Mais do que em qualquer outro momento nas últimas quase três décadas, o Judiciário de hoje se apresenta à sociedade brasileira como duplo bastião republicano. Seja pela garantia do Direito democraticamente estabelecido, nas lides ordinárias, ou pela arbitragem jurídico-constitucional de conflitos institucionais de caráter particularmente virulento, que a todos chocam em seu desenrolar imprevisível, juízes e Tribunais têm se colocado como referência, em suas decisões, para os que anseiam a constância de uma vida coletiva em que se respeitem os direitos e na qual estes não sejam vergados pelos abusos dos poderosos – que seria redundante chamar de ilegítimos. Chame-se a isto ampliação da ação judicial ou mesmo judicialização da política, não é de se estranhar que, hoje, algumas das mais importantes reflexões sobre o Direito tenham o Judiciário como pano de fundo, e que provenham daqueles que nele atuam cotidianamente. A justiça e seus caminhos – que sempre importaram aos juristas, diga-se – estão, como nunca, ao centro do interesse e das preocupações dos estudiosos do Direito.

Esta edição da Revista, assim, traz artigos que investigam questões relevantes do Direito contemporâneo, a começar pela colaboração de Reis Friede sobre as eleições nos Tribunais, tema atual e candente, objeto de recente deliberação por este TJRJ, no qual se entrelaçam importantes questões jurídicas e institucionais. No campo do direito processual, em vias de ser amplamente revolido com a vigência da Lei 13.105/15, Nagib Slaibi Filho e Daniel Vianna Vargas investigam as novas balizas deontológico-processuais da aplicação do Direito e as inovações quanto ao princípio da estabilização da demanda; José Tadeu Neves Xavier examina o Mandado de Segurança Coletivo, sua abrangência e legitimidade ativa. Acerca da audiência de custódia, recém-implementada neste Tribunal com auspiciosos resultados, Luiz Eduardo Cani indaga sobre o seu caráter de pressuposto de validade de medidas cautelares na seara penal. Álvaro Mayrink da Costa, Amirton Archanjo Morelli Jr. e Flávia Sanna Leal Meirelles perquirem, em distintas produções, aspectos do conjunto dos direitos fundamentais da pessoa e as recentes ameaças que lhes sobrevêm das inovações na tecnologia de comunicação – a dita Pornografia de Vingança –, indicando a necessidade de constante atualização dos meios de sua tutela. A partir de decisão em ação penal, Rodrigo José Meano Brito explora e distingue as noções de tortura, tratamento desumano ou cruel e tratamento degradante, em análise percuciente e, de muito, necessária – que não superamos, ainda, infelizmente, as ocorrências de abuso de poder ligadas a esses crimes. Também a partir da lente judicial, André Felipe A.C. Tredinnick excursiona pelo tema ainda aberto da guarda compartilhada e da interpretação da legislação civil, tão corrente na vida familiar hodierna, também judicializada. No campo de interesse empresarial, recebe esta Revista os significativos aportes de Flavio Mattos, Jorge Lobo e Rafael Mansur de Oliveira, que versam, respectivamente, sobre a disciplina jurisprudencial de tópicos relativos ao IPI, as perspectivas correntes do instituto da recuperação judicial da empresa e a interpretação das relações empresariais a partir da boa-fé objetiva.

Ampla é a participação social do Judiciário nesta quadra, por seu alcance e pela diversidade dos temas de que trata na entrega da prestação jurisdicional ou na discussão e implementação de políticas públicas a ele afetas, assim como é profundo o seu envolvimento em questões

que dizem respeito às mais variadas facetas dos direitos dos jurisdicionados, cidadãos, empresas, instituições e entes políticos. Indispensável à República, portanto. Urgente, por outro lado, é sua ação, que, porém, não pode se dar de forma irrefletida, nem pode pretender se exaurir na aplicação de cânones obsoletos ou fórmulas arcaicas. Renova-se, por conseguinte, a importância da Revista como veículo e espaço privilegiado de investigações e discussões jurídicas, de reflexão enfim, e de descobertas, e não apenas em razão da mencionada centralidade da atividade judiciária na produção contemporânea do Direito, mas pela proximidade que a Escola da Magistratura, sua matriz, mantém em relação à Comunidade forense, em sua tradição já quase trintenária.

Espero, por fim, que, diante da variedade e da riqueza das contribuições aqui contidas, a presente edição vitalize e dissemine os importantes debates suscitados pelos autores de seus artigos, dando, assim, continuidade ao importante movimento no qual se destaca a EMERJ, qual seja, a formação de agentes jurídicos, o enriquecimento da cultura jurídica e a contínua evolução do Direito. E, ainda, que, alcançando-se esse objetivo, possam aqueles que convidaram o subscritor destas linhas sentirem-se revigorados e, atendidos quiçá satisfatoriamente em seu desígnio, estenderem os bons efeitos de seu meritório labor aos leitores – de quem tanta paciência se exigiu neste alongado prefácio. ❖



EMERJ

O Mito da Eleição Direta para Presidente dos Tribunais

Reis Friede

Mestre e Doutor em Direito, Desembargador Federal, Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e Membro da Associação de Juízes Federais - AJUFE.

RESUMO: O presente artigo analisa, precipuamente, a viabilidade de se mudar o critério para a escolha da presidência de Tribunais no país, tendo em vista a tramitação na Câmara dos Deputados da Proposta de Emenda Constitucional - PEC 187/2012, que propõe alterar a Constituição para permitir, de forma muito mais elástica, a eleição livre para os órgãos diretores de todos os Tribunais de 2º grau.

PALAVRAS-CHAVE: TRIBUNAIS. PRESIDÊNCIA. ELEIÇÃO. POLITIZAÇÃO.

ABSTRACT: This article examines, especially, the viability of changing the selection criteria for the Presidency of the Courts of Law, having in mind the processing on the Chamber of Deputies of the Constitutional Amendment Proposal 187/2012, which proposes to alter the Constitution in order to allow, in a more flexible way, the free election for the head bodies of all the Courts of Appeal.

KEYWORDS: COURTS OF LAW. PRESIDENCY. ELECTION. POLITICIZATION.

1. INTRODUÇÃO

É da tradição de nossos Tribunais - tradição esta muito anterior ao advento do *Regime Militar* (1964-1985) - o critério da *antiguidade* para o acesso e exercício de sua presidência, através de referendo ratificador por parte de seus membros. Ainda que seja cediço reconhecer que esta tradi-

ção já vem sendo, de certa forma, rompida, haja vista o que vem ocorrendo em alguns *Tribunais Estaduais* (nos quais a escolha para a presidência acontece por intermédio da eleição de uma chapa composta por parte de seus membros, não necessariamente os mais antigos, mas com um colégio eleitoral composto apenas pelos desembargadores que compõem a Corte), é lícito concluir, todavia, que os resultados colhidos até a presente data indubitavelmente nos dão conta, em maior ou menor medida, de um elevado grau de criticável *politização* do Poder Judiciário local, além de um relativo comprometimento da recomendável isenção (corolário do princípio basilar da eficiência) na administração destes Tribunais.

Ainda assim, salta aos olhos a tramitação no Congresso Nacional da Proposta de Emenda Constitucional - PEC 187/2012, que propõe, simplesmente, alterar a Constituição para permitir, de forma muito mais elástica, a eleição livre para os órgãos diretores de todos os Tribunais de 2º grau.

Em linhas gerais, a chamada “*PEC de Democratização do Judiciário*” estabelece que os Tribunais Intermediários deverão passar a eleger os integrantes dos seus cargos de direção (à exceção do cargo de Corregedor) por maioria absoluta de todos os magistrados vitalícios, e não apenas de seus membros.

O argumento central repousa no frágil entendimento de que a Administração dos Tribunais “mantém suas decisões concentradas nas mãos de poucos, sem a devida justiça, e que sua concepção é baseada na hierarquia militar, reflexo dos tempos de regime militar, e que, por esta razão, sua escolha não deveria pertencer à Corte” (BOLLMANN, 2013).

2. UMA BREVE ANÁLISE DA PEC 187/2012

As mudanças propostas pela PEC¹ em análise resumem-se em prover uma nova redação às alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo 96 da Constituição Federal, renominar as alíneas subsequentes e acrescentar ao artigo um parágrafo único, dispondo sobre a eleição dos órgãos diretivos dos Tribunais de 2º grau. Destarte, o texto do artigo 96 passaria a ostentar a seguinte redação, *verbis*:

1 A PEC 187/2012 teve sua origem encabeçada pelo Deputado Wellington Fagundes, congressista filiado ao Partido da República (PR) e eleito pelo estado do Mato Grosso. Foi apresentada em 05/06/2012, tramitando sob o regime especial, sendo a última ação legislativa referente a ela a aprovação de parecer pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) em 15/10/2013.

“Art. 96. Compete privativamente:

I – aos Tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos, por maioria absoluta e voto direto e secreto, dentre os membros do tribunal pleno, exceto os cargos de corregedoria, por todos os magistrados vitalícios em atividade, de primeiro e segundo grau, da respectiva jurisdição, para um mandato de dois anos, permitida uma recondução.

b) Elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a criação, a competência, a composição e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

c) (redação da atual alínea “b”);

d) (redação da atual alínea “c”);

e) (redação da atual alínea “d”)

f) (redação da atual alínea “e”);

g) (redação da atual alínea “f”);

Parágrafo único: “Não se aplica ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais Regionais Eleitorais o disposto no inciso I, “a”, competindo-lhes eleger os seus órgãos diretivos na forma dos seus regimentos interno, observado o previsto no § 2º do artigo 120” (grifos nossos)

A par de toda a respeitável linha argumentativa, delineada pelos mais ardorosos defensores da presente tese, o mais interessante é que a referida PEC não se apresenta com o necessário *dever de coerência argumentativa* quando exclui, expressamente, os órgãos de cúpula do Poder Judiciário, - ou seja, o *Supremo Tribunal Federal* (STF) e o *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ), bem como o próprio *“tribunal da cidadania”*, o *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) -, onde provavelmente o argumento pelo *“clamor democrático”* seria muito mais perceptível, apreciável e adequado.

Também, vale ressaltar que a enfática defesa de que o atual *Colégio Eleitoral* para eleições nos órgãos diretivos dos Tribunais deveria ser ampliado para igualmente incluir *juízes de 1º grau* - “justamente os que têm no

dia a dia contato direto com o cidadão que demanda justiça” (BOLLMANN, 2013) -, resta, no mínimo, contraditória, posto que, por esta mesma linha de raciocínio, seria necessário incluir os demais operadores do Direito (membros do Ministério Público e advogados) pelas mesmas razões apontadas.

É curioso observar que ninguém se preocupou em estudar mais aprofundadamente e, sobretudo, entender, com maior atenção, as razões históricas de o consagrado *critério de antiguidade* ter se fixado no Poder Judiciário como uma salutar tradição que se iniciou após o fim do Estado Novo (1937 a 1945)², exatamente como uma importante e necessária resposta ao *clamor democrático* que repudiou, de forma veemente, o anterior *critério eletivo amplo* que somente serviu aos interesses populistas daquele odioso e repulsivo momento histórico, que se caracterizou pela centralização de poder, fortemente travestida de nacionalismo e exacerbado autoritarismo.

É importante registrar que todas as Constituições posteriores a esse momento ditatorial³ outorgaram plena *autonomia* aos Tribunais para elegerem seus cargos de direção, - exclusivamente por voto de seus membros e observado o critério de antiguidade -, o que acabou por consagrar o importantíssimo princípio do *autogoverno da magistratura* em nosso país.

Ademais, a razão de ter sido historicamente privilegiado o *critério de antiguidade* nos referidos processos de escolha dos órgãos diretivos de nossos Tribunais se deve ao fato de que, não obstante o Poder Judiciário ser um reconhecido *poder político*, inerente ao Estado Democrático, sua função precípua (jurisdicional) é exercitada de forma predominantemente *técnica*, através de uma tríade indissociável a incluir a *imparcialidade*, a *impressoalidade* e a *independência*, paradigmas que revelam um imperativo de necessário e saudável distanciamento político e de ações políticas por parte de seus membros.

A prevalecer, *data maxima venia*, essa irrefletida, descabida (e pouco debatida) proposta de emenda à Constituição, passaríamos a ter, - de

2 A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas logo após o início do período ditatorial do Estado Novo e que ficou conhecida vulgarmente como a “Polaca”, em virtude de sua grande semelhança com a contemporânea constituição autoritária da Polônia, simplesmente extinguiu a Justiça Federal, bem como retirou poderes dos Tribunais pátrios, dentre eles o de elegerem seus próprios dirigentes, restando apenas o disposto em seu art. 93, *verbis*: “Art 93 - Compete aos Tribunais:

a) elaborar os Regimentos Internos, organizar as Secretarias, os Cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos;

b) conceder licença, nos termos da lei, aos seus membros, aos Juizes e serventuários, que lhes são imediatamente subordinados.”

3 Constituição de 1946: art. 97, I; Constituição de 1967: art. 110, I; Constituição de 1988: art. 96, I, “a”.

forma impositiva e desafiadora da própria *autonomia* judiciária -, nos Tribunais Estaduais e, em particular, nos Tribunais Regionais Federais - caracterizados pelo número restrito de desembargadores - inéditas *disputas político-eleitorais* que não somente poderiam vir a paralisar o bom andamento de seus trabalhos, a envolver seus membros em intensas campanhas eleitorais por vários meses anteriores ao pleito (se assemelhando, em muito, ao que ocorre nas Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil/OAB), mas também abrir um verdadeiro leque de possibilidades inimagináveis, como a de que desembargadores advindos do quinto constitucional e recém-empossados, sem qualquer conhecimento sobre o funcionamento administrativo de um tribunal - mas com excelente trânsito político - possam ser eleitos para a alta administração do tribunal e, inclusive, para a sua presidência, pondo muitas vezes a perder, por seu conhecimento incipiente da função, uma organização eficiente construída ao longo de décadas e forjada em vigorosa experiência e maturidade que somente o tempo efetivamente propicia.

Igualmente, ao excluir, dos novos critérios propostos, o cargo de Corregedor, poderia vir a ocorrer a esdrúxula situação factual em que o cargo de *Corregedor*, eventualmente ocupado por desembargador mais antigo, teria uma certa *ascendência* sobre o *Presidente*, em sinérgica subversão hierárquica não somente da estrutura do próprio tribunal, mas também em relação à organização vertical do Poder Judiciário⁴.

Temerariamente, parece que tais situações pontuais encontram-se, ainda que de maneira implícita, na justificação para a propositura da PEC em comento, haja vista a atual realidade pátria, em que muito tem sido conseguido, lamentavelmente, através do “compadrio”.

Em necessária adição argumentativa, deve ser consignado, em tom de sublime advertência, que tal alteração, uma vez conduzida a efeito, seria de monta suficiente para causar graves danos à imagem de *imparcialidade* do Poder Judiciário, com o conseqüente e eventual surgimento de possíveis *lobbies* de empresários e políticos por trás das chapas concorrentes aos cargos diretivos dos Tribunais, tudo com vistas a verem seus interesses privilegiados.

4 É conveniente lembrar que toda a *estrutura corporativa*, - seja no contexto interno dos Tribunais, ou mesmo de todo o Poder Judiciário -, encontra-se indubitavelmente construída sobre os pilares do critério da *antiguidade na carreira*. Assim, a própria organização da *disposição física* (assentos) no Plenário é por ordem de *antiguidade*, bem como, nos juízos monocráticos, o acesso à *titularidade* das Varas Judiciárias é realizado por *antiguidade*, sendo certo que quando providas (quer a titularidade dos juízos, que a promoção ao tribunal) pelo critério alternativo de *merecimento*, os juízes precisam figurar necessariamente na *quinta parte da lista de antiguidade*.

Dessa feita, verifica-se, a toda evidência, - especialmente pelas várias possíveis consequências derivadas -, que a proposta *sub examen* é por demais complexa para ser reduzida a uma simples *identidade democrática*; afinal, dentre os vários poderes de um presidente de tribunal, encontra-se não somente a prerrogativa de estabelecer a pauta de julgamento⁵, como ainda a própria ordem dos trabalhos, influenciando, sobremaneira, o destino temporal dos julgamentos.

3. CRITÉRIOS PARA O ACESSO E EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DE TRIBUNAIS EM OUTROS PAÍSES

A título comparativo, vale, neste momento, trazer à baila como funcionam o acesso e exercício da presidência nos Tribunais em alguns países com governo reconhecidamente democrático.

Na Índia, a maior democracia do mundo, o presidente da Suprema Corte é nomeado pelo Presidente do país, recaindo esta designação, geralmente, sobre o juiz mais antigo da Corte naquele momento, ou seja, é seguido o *critério de antiguidade*, assim como ocorre no Brasil⁶.

No Chile, país de raízes culturais também ibéricas, com sistema legal próximo ao nosso e reconhecida recuperação democrática após os duros anos da *Ditadura Pinochet*, a eleição para a presidência de sua Corte Suprema segue a tradição de os magistrados elegerem o ministro mais antigo⁷, assim como ocorre com os demais Tribunais inferiores, como nas chamadas Cortes de Apelação.

⁵ É de se pensar refletidamente que a aprovação da PEC 187/2012 abriria um importante precedente para se promover, em uma segunda etapa, a ampliação da medida supostamente "*democratizante*" para os Tribunais superiores - e mesmo para o STF -, permitindo-nos questionar, neste momento, que, caso tal hipótese já se constituísse em uma realidade e, conseqüentemente, se houvesse eleições para a Presidência do STF, a *Ação Penal nº 470* ("mensalão") já teria sido julgada com os excepcionais (e inéditos) resultados alcançados?

⁶ Insta salientar que referida tradição convencionada só foi posta de lado durante o governo de Indira Gandhi, no qual foi nomeado presidente da Suprema Corte A. N. Ray, apesar de haver 3 (três) juízes mais antigos do que ele naquele momento. Pressupõe-se que a nomeação de A. N. Ray deu-se por ser um grande defensor do governo de Gandhi, algo muito importante em um período em que tal governo estava visivelmente se atolando em uma crise política e constitucional.

⁷ É importante esclarecer, por dever de lealdade acadêmica, que tal tradição somente foi afastada por uma única vez, quando da eleição para substituir o presidente Milton Juica. Os ministros Adalis Oyarzún e Jaime Rodríguez Espoz eram os subseqüentes na ordem de antiguidade mas, por lhes faltar pouco tempo para atingir 75 (setenta e cinco) anos de idade e aposentar-se obrigatoriamente, os outros ministros calcularam que, se ocorresse a eleição de um dos dois, muitos dos que os seguiam na linha de antiguidade atingiriam a idade expulsória antes de poderem ter acesso à Presidência. Nesta ocasião, optou-se então por uma votação fechada, na qual cada juiz escreveu em um papel o nome de seu candidato, sendo vencedor Rubén Ballesteros Cárcamo, o quarto ministro na ordem de antiguidade daquela Corte Suprema.

Por outro lado, na Espanha, país no qual a Constituição, promulgada em 1978, é contemporânea à nossa e que também foi redigida após vários anos de regime ditatorial, a designação para a presidência dos Tribunais superiores de justiça das comunidades autônomas se dá, em efetiva contraposição, por meio da realização de criticáveis *acordos políticos*, o que tem gerado grandes problemas, em especial nas regiões tradicionalmente avessas ao poder central emanado de Madri, tais como a Catalunha e o País Basco, apenas para citar algumas. Ademais, a própria categoria dos magistrados daquela nação tem visto com grande apreensão esta *politicização* da Justiça, que não seria de forma alguma um reflexo de uma maior democracia, mas apenas a certeza de que verdadeiros *“conchavos políticos”* conseguem melhores resultados na hora de se buscar a posição de presidente, o que, de forma alguma, é o que se espera que ocorra em uma instituição que pugna pela necessária imparcialidade.

4. A SITUAÇÃO ATUAL DAS ELEIÇÕES PARA A PRESIDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Voltando os olhos à nossa própria situação fática, insta salientar que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) vigente expressamente prevê, em seu artigo 102, que *“Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição”*.

Referido fato nunca preocupou os Tribunais com poucos desembargadores. Salvo raras exceções, neles vem sendo seguida a antiguidade nos cargos de direção, sendo que todos, ou quase todos, chegam à presidência, vice-presidência ou corregedoria.

A situação, contudo, apresenta-se diferente nos Tribunais maiores, e por um motivo muito simples: quem entra em um tribunal com 30 (trinta) juízes ou mais provavelmente nunca chegará aos cargos de direção. Ainda que 15 (quinze) de seus colegas já tenham presidido a Corte, morram ou se aposentem, os 15 (quinze) restantes significarão 30 (trinta) anos de espera. Isto obviamente desagrada aos mais novos, alguns com uma enorme vontade (e mesmo vocação) em atuar como presidentes.

Assim, são os Tribunais de porte médio (20 a 49 desembargadores) e os de grande porte (50 ou mais desembargadores, caso do TJ-SC, PR, MG, RJ, RS e SP) que não têm aceitado a antiguidade como critério único de escolha⁸, ainda que não a tenham renegado por completo.

DE FREITAS (2011), desembargador federal aposentado do TRF 4ª Região, onde foi presidente, e consagrado professor universitário, entende que *“o anseio de presidir um tribunal é uma aspiração legítima e nada tem de errado. Pelo contrário, é ótimo que quem assuma tão difícil posição esteja preparado e disposto, física e psicologicamente, a dedicar dois anos de sua existência à causa pública”*.

Aduz o douto colega, ademais, que a presidência de um Tribunal Intermediário (TJ, TRF ou TRT) é onde se pode fazer mais pela efetividade da Justiça, posto ser o presidente destes Tribunais quem dá a política da gestão judiciária no estado ou na região, que pode incentivar os juízes e servidores, instalar Varas, realizar concursos, conduzir a construção de Fóruns, implementar o processo eletrônico, estimular a conciliação e pôr em prática tantas outras importantíssimas medidas.

DE FREITAS menciona também, contrariamente ao pensamento dos defensores da PEC 187/2012, *que não tem qualquer cabimento a pretensão de que todos os juízes votem para presidente*, pois isto culminaria em campanhas pelo interior, promessas de favores, animosidade entre facções em disputa e outros tantos problemas.

Nessa linha, no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, cujo Tribunal de Justiça possui 180 (cento e oitenta) desembargadores, com 25 (vinte e cinco) fazendo parte do Órgão Especial, a escolha da presidência se dá por votação secreta pela *maioria dos membros do Tribunal*, podendo concorrer apenas os *membros efetivos do Órgão Especial*, cuja metade é provida pelo *critério de antiguidade*. Assim, constata-se, neste ente federativo, a adoção de um critério de eleição que poderia ser considerado misto, haja vista o fato de, dentre os desembargadores elegíveis, metade ser com-

8 Recentemente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi palco de movimentação em favor da adoção de eleições diretas. De acordo com o desembargador Nelson Missias de Moraes, as eleições democráticas, nas quais todos possam participar, são um forte instrumento de aperfeiçoamento do Poder Judiciário, em razão dos debates acerca das questões institucionais e compromissos de cada candidato. Ainda segundo ele, *“dessa forma, com vontade política e atitude, Minas se antecipa ao legislador e, de maneira pioneira, reconhecerá o juiz de 1ª instância como membro de Poder, e o é, tal qual os desembargadores”*.

Já em São Paulo, onde o Tribunal de Justiça é composto de 350 (trezentos e cinquenta) desembargadores, a eleição para a presidência do órgão já ocorre sem se atentar especificamente para o critério da antiguidade, havendo atualmente uma forte movimentação política no sentido de que não apenas os desembargadores, mas todos os magistrados possam participar da escolha.

posta dos membros mais antigos do Tribunal, mas, ainda assim, excluídos, em qualquer hipótese, os juízes de 1º grau como sujeitos eleitorais *ativos*.

Analisando a questão no âmbito da Justiça Federal, cabe salientar que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em seu Regimento Interno, deixa claro que a eleição para sua Presidência dar-se-á por votação de seus 27 (vinte e sete) desembargadores, recaindo a escolha, *preferencialmente*, sobre os *desembargadores federais mais antigos*, ou seja, utiliza-se do *critério de antiguidade*.

Tal critério é o que também é utilizado, tradicionalmente, por nossa Corte máxima, o Supremo Tribunal Federal - STF. Assim, nem todos os ministros chegam à Presidência do Supremo. Nas eleições, atualmente feitas a cada 2 (dois) anos, é respeitada a antiguidade, tendo prioridade o ministro que entrou há mais tempo na Corte, com o presidente sendo eleito por seus pares em Plenário, por voto secreto⁹.

Igualmente, é o critério adotado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, desde a sua criação e instalação em 1989, em repetição ao idêntico critério aplicado historicamente, desde sempre¹⁰, ao Tribunal Federal de Recursos - TFR, quando de sua criação, em 1946, durante o importantíssimo processo de *redemocratização* do Brasil.

Uma das anunciadas temeridades no caso de uma eventual aprovação da PEC 187/2012 recai exatamente no fato de que, como a *base* da pirâmide hierárquica do Judiciário é muito maior do que a sua Cúpula, na prática, seriam os juízes vitalícios com *menos* de 5 (cinco) anos na carreira, muitos com menos de 30 (trinta) anos de idade e pouquíssima experiência judicante, quem, de fato, decidiria as eleições. E ainda, - o que é mais grave -, para que estes, em um segundo "*momento democratizante*", passem de simples eleitores (sujeitos eleitorais *ativos*) a *membros elegíveis* (sujeitos eleitorais *passivos*)¹¹, seria relativamente simples, do ponto de vista político, permitindo o risco de começarmos a ver Tribunais espalhados pelo país inteiro presididos por juízes de 1º grau com *menos* de 5 (cinco)

9 Vale salientar que muitos ministros do STF se aposentam antes de chegarem ao topo da lista de mais antigos, como foi o caso recente do ministro Eros Grau, que completou 70 (setenta) anos e foi aposentado compulsoriamente, sendo à época o quarto menos antigo do STF.

10 Deve ser consignado que o texto do art. 8º da Lei nº 33/47, que dispõe sobre a criação do Tribunal Federal de Recursos - TFR, expressamente previu que o referido tribunal seria instalado sob a presidência do mais velho de seus titulares.

11 É importante ressaltar que tal previsão normativa não se encontra prevista no texto da PEC 187/2012. Todavia, após sua aprovação, seria um natural desdobramento de sua aplicação prática, posto que em qualquer sistema eleitoral, o direito de eleger encontra-se irremediavelmente adstrito à potencialidade eleitoral de também poder ser eleito.

anos de carreira, ou seja, com pouquíssima experiência no que pertine à administração complexa que envolve a estrutura de um tribunal, além de uma idade cronológica em que a própria maturidade humana, - essencial à função judicante e administrativa -, ainda não se encontra plenamente assentada.

5. A ESFERA DO PODER LEGISLATIVO: AS ELEIÇÕES PARA A PRESIDÊNCIA DAS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL

É interessante destacar que no âmbito do Poder Legislativo - no que pertine ao fato de não recair na massa da população com capacidade eleitoral *ativa* a escolha de seus cargos diretivos -, a eleição para a presidência da Câmara dos Deputados igualmente não inclui os senadores, que também são congressistas, sendo certo que, inclusive, para eleição da Mesa Diretora do Senado Federal - incluindo o cargo de Presidente do Senado e de todo o *Congresso Nacional* -, não votam os deputados federais¹², mesmo sendo fato que, nos trabalhos conjuntos englobando ambas as Casas Legislativas, a presidência recai sobre um senador, escolhido exclusivamente por seus pares.

6. O CLAMOR PELA DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Resta incontestável que uma das naturais aspirações de um juiz de carreira, - que através de seus reconhecidos méritos logrou aprovação em difícilíssimo concurso público de acesso -, é não somente ser promovido ao respectivo tribunal a que se encontra adstrito, na medida em que avança temporalmente na carreira, como também participar mais ativamente das decisões que, em grande medida, alteram os rumos do Poder Judiciário.

12 Na Câmara dos Deputados, seu Regimento Interno dispõe, no artigo 7º, que a eleição dos membros de sua Mesa Diretora far-se-á em votação por escrutínio secreto e pelo sistema eletrônico, exigida maioria absoluta de votos, em primeiro escrutínio, e maioria simples, em segundo escrutínio, presente a maioria absoluta dos Deputados.

O Senado Federal é igualmente dirigido pela Mesa, composta pelo Presidente, Primeiro e Segundo Vice-Presidentes e 4 (quatro) Secretários. São indicados também, 4 (quatro) suplentes de Secretários para substituir os titulares em caso de impedimento. Os senadores se reúnem, em sessão preparatória, para eleger os componentes da Mesa, sendo a votação realizada de maneira secreta, por maioria de votos, presente a maioria dos senadores e assegurada, tanto quanto possível, a participação proporcional das representações partidárias ou dos blocos parlamentares com atuação na Casa (Regimento Interno, artigos 3º e 46).

Vale lembrar que o Presidente do Senado Federal acumula a função de Presidente do Congresso Nacional.

É exatamente dentro desse contexto que não somente se faz imperativa, como, igualmente, se almeja, - como um autêntico clamor de seus membros -, uma verdadeira “*democratização do Poder Judiciário*”. Tal pretensão, legítima em sua origem e em sua intenção, - resta lícito concluir -, passa, necessariamente, por amplas e profundas mudanças estruturais que afastem definitivamente o *conservadorismo predominante*, sobretudo aquele ditado pelo *poder político* a que, reconhecidamente, o Judiciário se encontra criticavelmente subordinado.

Assim, é de se registrar que, essencialmente, as legítimas aspirações dos magistrados de 1º grau, em última análise, não são satisfeitas pelo simples fato de que os mesmos não possuem o direito de eleger (ou serem eleitos para) os cargos de direção dos Tribunais, mas, muito mais acertadamente, porque dificilmente chegarão a estes importantes cargos pelo isento *critério de antiguidade* em razão da própria carreira não permitir esta natural evolução gradualística, em razão, sobretudo, de *antidemocráticas intervenções políticas externas* que permitem admitir, de forma ampla e gradual, nas instâncias superiores, o ingresso de juízes oriundos de outras carreiras ou funções, como a advocacia ou o Ministério Público, e que, - além de simplesmente não se submeterem ao concurso público de acesso à magistratura nacional -, *subvertem a natural ordem hierárquica implícita* em todas as carreiras do serviço público (situação em que a carreira da *magistratura* não pode ser apontada como exceção), em efetivo prejuízo das mais corriqueiras aspirações daqueles que continuam a aguardar, ano após ano, por uma ansiada promoção aos Tribunais dos mais variados graus e, porque não, à última instância, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal.

Este é exatamente o cerne da *questão democrática* que precisa ser verdadeiramente enfrentado, sem os “*desvios de atenção*” que se pretende, ainda que inconscientemente, impor, camuflando os verdadeiros caminhos a serem trilhados para efetivamente se avançar no *processo democrático*, rompendo com as últimas amarras da herança autoritária do período getulista.

Senão, vejamos: 100% das vagas de Juízes de 1º grau são, atualmente, providas exclusivamente por candidatos que, unicamente pelo critério meritório do concurso público de provas e títulos, lograram aprovação no mesmo, revelando um grande avanço democrático, na exata medida em que, no período compreendido entre 1966 e 1973, os cargos de juízes

federais de 1º grau eram providos por simples indicação política do Poder Executivo¹³.

Todavia, nos Tribunais Intermediários, por uma herança da Era Vargas¹⁴ (até hoje não objeto de necessária correção democratizante), apenas 80% das vagas de desembargadores (Juizes de 2º grau) são destinadas aos magistrados de carreira e, ainda assim, apenas metade destas, ou seja, 40% do total são reservadas aos juizes de 1º grau pelo critério de antiguidade, sem qualquer ingerência política¹⁵.

Nos Tribunais Superiores a situação é ainda mais desafiadora, posto que no Tribunal da Cidadania, o STJ, órgão de cúpula das justiças comum local (estadual e distrital) e federal, o *quinto constitucional* é transformado em *terço constitucional*, ou seja, o percentual de 80% de acesso de juizes de carreira é reduzido para 67%, sendo certo que todas as vagas são providas por critérios políticos de formação da lista tríplice com posterior escolha discricionária e soberana pelo Chefe do Poder Executivo¹⁶.

No Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula de todo o Poder Judiciário, todas as vagas (11 no total), insta salientar, são exclusivamente providas por livre escolha do Chefe do Executivo, excluída qualquer vinculação à necessária nomeação de juizes de carreira¹⁷.

O clamor por mais *democracia no Poder Judiciário*, portanto, preconiza, em tom sublime, uma maior defesa pelo *fortalecimento da carreira*, o que se traduz pelo reforço dos critérios meritórios e, conseqüentemente, por cada vez menos ingerências políticas de outros Poderes e, sobre-

13 Esta sim revelou-se uma grande *conquista democrática*, na exata medida em que não somente restringiu, pelo menos na 1ª instância da Justiça Federal, as interferências políticas no Judiciário que tanto comprometiam sua necessária isenção, independência e imparcialidade.

14 A implementação nos Tribunais pátrios do chamado *quinto constitucional*, ideia corporativista do governo Getúlio Vargas, ocorreu com a inserção desta no art. 104, § 6º, da Constituição de 1934.

15 As demais vagas (40% do total) são providas pelos magistrados de carreira, porém pelo *critério político do “merecimento”* em que a escolha final, dentre uma lista tríplice constituída pelos integrantes do Tribunal, é submetida ao Chefe do Executivo (estadual - Governador; ou federal - Presidente da República, conforme o caso) para sua livre escolha. Vale registrar que o próprio Presidente do STF já se manifestou contrariamente a tal critério (**O Globo**, ed. digital, 20/12/2012), defendendo a exclusividade do *critério de antiguidade* para a promoção de juizes aos Tribunais, que é objetivo.

16 Deve ser registrado, por oportuno, que das 22 vagas (dentre um total de 33) destinadas a desembargadores estaduais ou distritais (11 vagas) e federais (11 vagas), as mesmas incluem os desembargadores oriundos do quinto constitucional, o que, na verdade, reduz, por vias transversas, o percentual real de magistrados de carreira a menos de 50% do total. Apenas no *Tribunal Superior do Trabalho* tal anomalia foi corrigida pelo disposto no art. 111-A da CRFB, que não somente manteve o critério do quinto constitucional, mas tornou exclusivo o acesso de 80% das vagas aos desembargadores do trabalho de carreira.

17 O critério de acesso ao STF, previsto no art. 101 da CRFB, preconiza exclusivamente o “notável saber jurídico”, o que implica dizer que não somente é possível não nomear nenhum juiz de carreira, como ainda nomear um juiz de 1º grau, em virtual subversão da própria carreira da magistratura nacional.

tudo, menor politização *interna corporis*, reafirmando o preceito democrático de amplo acesso de seus membros exclusivamente por *critérios de antiguidade* que melhor traduzem os esforços naturais de desempenho na carreira judicante.

7. CONCLUSÕES

É importante salientar que, nos últimos tempos, o verbo “*democratizar*” ganhou uma notável importância que, entretanto, não tem sido acompanhada de sua correspondente e correta interpretação.

Democratizar não significa, necessariamente, tornar todas as funções do Estado elegíveis e, de igual forma, ampliar irrestritamente o Colégio Eleitoral daquelas em que se faz pertinente o critério de escolha.

Em verdade, é muito mais o princípio do *amplo acesso*, - ainda que por critérios distintos da *eleição*, tais como o *concurso público* -, o caminho que se revela mais democrático para o preenchimento dos cargos e funções do Estado, em praticamente todos os seus níveis, notadamente nos que se exercem à margem da *política* e que se afirmam por *desempenho técnico*.

No caso específico da função judicante, não é possível deixar de reconhecer que, hodiernamente, esta se perfaz através de um viés no qual a experiência de vida permite uma interpretação crescentemente mais justa das leis, tornando-se cada vez melhor quanto maior for o tempo em atividade. Relembre-se, neste sentido, de que, na antiguidade, os julgamentos eram efetuados por conselhos de anciãos, ou seja, a “*justiça*” era proporcionada pelos indivíduos mais experientes no seio social, reconhecendo-se a *maturidade*, a *experiência de vida* e o *conhecimento prático e teórico acumulado ao longo do tempo* como essenciais ao mister da função jurisdicional e administrativa correlata.

É exatamente por esta razão que não é possível que se cogite faltar *democracia* no fato de continuarmos a seguir o consagrado *critério de antiguidade* na eleição de presidentes dos Tribunais pátrios, como medida de salutar *equilíbrio* e *não politização* do Poder Judiciário nacional, seguindo os melhores e mais diversos exemplos presentes nos países mais democráticos da atualidade, bem como do próprio processo de *democratização do Judiciário*, inaugurado a partir de 1946, que buscou sepul-

tar, em definitivo, o “*populismo*” da Ditadura Vargas, que permitiu curvar todos os Tribunais sobreviventes (é importante lembrar que a Constituição de 1937 simplesmente extinguiu a Justiça Federal) às suas ordens e interesses, através, e sobretudo, da aplicação do amplo critério eletivo (e eleitoreiro) de seus Presidentes.

Não é por outra sorte de considerações, portanto, que devemos sempre ter em mente que o verdadeiro caminho para a *democratização do Judiciário* passa, não pela *politização* tanto de sua estrutura como de seus membros, mas sim (e principalmente) pelo *fortalecimento* da própria *carreira* (exclusivamente composta de magistrados concursados), como ainda e fundamentalmente, pela sinérgica efetividade do poder jurisdicional inerente aos magistrados de 1º grau, o que implica dizer e restringir os inúmeros recursos e a ampla gama de nefastos efeitos suspensivos que vêm transformando, na prática, os juízos monocráticos em simples *juízos de instrução*, como bem assim seus respectivos julgadores em meros magistrados de *iniciação processual*¹⁸.

Por efeito conclusivo, é exatamente a *despolitização* e o afastamento do *caráter populista e eleitoreiro* nos Tribunais que, historicamente, - ao reverso do que preconizam os mais desavisados -, se constituem na grande e verdadeira conquista democrática *pós-ditadura Vargas*, sendo certo que ainda resta o desafio de ver sepultada a última herança daquele sombrio regime, ou seja, a extinção da figura política do *quinto constitucional*, a permitir, por derradeiro, a prevalência do critério *meritocrático* de acesso a todos os Tribunais, com a consequente promoção de seus membros circundada exclusivamente aos juízes de carreira, afastando-se, desta feita, qualquer ingerência política de outros poderes ou mesmo de *politizações* indesejadas, em efetiva consagração da *democracia* (e dos valores democráticos) que preconiza a existência de um Poder Judiciário realmente independente. Afinal, não é do interesse do povo brasileiro que o *Poder Judiciário* venha a se transformar em simples *Serviço Judiciário*. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLLMANN, Vilian. "A completa democratização do Judiciário." *Correio Braziliense*, Brasília, 26 Mar 2014. Disponível em: <http://www.>

¹⁸ É exatamente esta esdrúxula e condenável situação que clama pelo urgente resgate da própria dignidade da magistratura e do necessário orgulho de ostentar a condição de magistrado.

ajufe.org/imprensa/ajufe-na-imprensa/a-completa-democratizacao-do-judiciario/> Acessado em: <8 Abr 2014>.

Estado Novo (Brasil). Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_\(Brasil\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_(Brasil))> Acessado em: <3 Abr 2014>.

Chief Justice of India. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Chief_Justice_of_India> Acessado em: <8 Abr 2014>.

"Chile - Ruben Ballesteros y los Derechos Humanos". **Correo Semanal**, Santiago do Chile, 20 Dez 2011. Disponível em: <<http://correosemanal.blogspot.com.br/2011/12/chile-ruben-ballesteros-y-los-derechos.html>> Acessado em: <3 Abr 2014>.

Cortes de Apelaciones de Chile. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Cortes_de_Apelaciones_de_Chile> Acessado em: <8 Abr 2014>.

DÍAZ, Felipe. **La Tercera**, Santiago do Chile, 15 Dez 2013. Disponível em: <<http://diario.latercera.com/2013/12/15/01/contenido/pais/31-153388-9-jueces-alistan-eleccion-de-sergio-munoz-como-nuevo-presidente-de-la-suprema.shtml>> Acessado em: <31 Mar 2014>.

El Mundo, Madri, 28 Jan 2010. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/01/28/espana/1264698515.html>> Acessado em: <31 Mar 2014>.

DE FREITAS, Vladimir Passos. **As novidades nas eleições à presidência dos Tribunais.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-11/segunda-leitura-novidades-eleicoes-presidencia-Tribunais>> Acessado em: <31 Mar 2014>.

Democratização do Judiciário. **Consultor Jurídico.** 17 Mar 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-17/magistrados-farao-ato-dia-31-marco-pedir-eleicoes-diretas-Tribunais>> Acessado em: <31 Mar 2014>.

CODJERJ. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjerj_novo.pdf> Acesso: 01/04/2014.

MANDEL, Gabriel. CNJ bloqueia Sartori e afeta processo eleitoral em São Paulo. **Consultor Jurídico.** 12 Nov 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-12/indefinicao-candidatura-ivan-sartori-mexe-eleicao-tj-sp>> Acessado em: <1 Abr 2014>.

Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Disponível em: <<http://professorjoselias.blogspot.com.br/2011/10/regimento-interno-trf-2-regiao-titulo-i.html>> Acessado em: <1 Abr 2014>.

Sítio Eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124564>> Acessado em: <1 Abr 2014>.

História da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.jfpr.gov.br/institucional/jfpr/historia.php>> Acessado em: <9 Abr 2014>.

Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento_interno_9ed.pdf?sequence=4> Acessado em: <1 Abr 2014>.

Composição da Mesa do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senadores/mesadiretora.asp>> Acessado em: <3 Abr 2014>.

CARDOSO, Antonio Pessoa. **Quinto Constitucional.** Disponível em: <<http://www.profpito.com/QuintoconstitucionalCardoso.html>> Acessado em: <9 Abr 2014>.

"Presidente do STF defende fim da promoção por merecimento". **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 Dez 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/presidente-do-stf-defende-fim-da-promocao-por-merecimento-7113007>> Acessado em: <9 Abr 2014>.

HOUAISS, A. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa.**

A Aplicação do Direito no Código de Processo Civil de 2015

Nagib Slaibi Filho

Magistrado – TJERJ e Professor da EMERJ e da UNIVERSO.

1. ÉTICA, DIREITO E APLICAÇÃO DO DIREITO

O tema da aplicação do Direito diz respeito não só aos magistrados, que são os aparentes destinatários dos comandos do art. 8º, mas também aos advogados e aos demais integrantes das instituições essenciais à função jurisdicional, pois o juiz não é o único realizador do Direito.

Interessa também a toda a sociedade, nestes primeiros anos do século XXI, pois todos estão em busca dos bens e serviços que devem ser acessíveis a todos os cidadãos e da segurança que se mostra essencial para a existência individual e coletiva.

A Ética é a parte da Filosofia que trata da conduta. O Direito é a ciência, a arte, a técnica, que trata da norma de conduta.

O Direito tem, assim, fundamento na Ética, palavra do grego *ethos*, que quer dizer o modo de ser, o caráter coletivo e individual. Os romanos traduziram o *ethos* grego para o latim *mos* (ou no plural *mores*), que quer dizer costume, de onde vem a palavra moral.

O *ethos* (caráter) e o *mos* (costume) indicam um tipo de comportamento propriamente humano que não é nato ou intrínseco como o instinto, mas é adquirido pelo hábito, pelo viver na vida social.

Norma é a regra de conduta, o termo vem do latim *norma* que significa régua ou esquadro.

A norma decorre do dispositivo ou artigo ou o símbolo gráfico da Lei, que é o seu ponto de partida objetivo, enquanto a norma decorre da apreensão do significado do dispositivo.

A aplicação do Direito consiste em fazer valer no caso concreto a hipótese prevista na norma jurídica; é cumprir a tutela jurídica ao interesse individual ou coletivo que deve se efetivar em cada caso.

É muito mais que simplesmente aplicar a letra do texto da Constituição ou da lei.

Não se aplica simplesmente a lei, mas o Direito da qual a lei é um segmento, mas não o todo.

O legislador é também criatura humana, não consegue prever todas as condutas futuras para regulá-las desde já no texto da lei. E confessa a sua incapacidade, com comovente humildade, ao dispor na parte inicial do art. 126 do CPC/73 e no art. 140 do CPC/2015: *O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*

Há mais de um século ensinou Carlos Maximiliano¹:

A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.

O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Isso se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas, e até mesmo contra as simples tentativas de iludir ou desprezitar dispositivos escritos ou consuetudinários. Assim resulta a aplicação, voluntária quase sempre; forçada muitas vezes.

Ao se referir à aplicação do ordenamento jurídico, o que o art. 8º do CPC/2015 exige está muito além da fria e simples aplicação no caso concreto do comando contido no dispositivo legal ou constitucional que se poderia extrair tão somente em simples interpretação literal ou gramatical:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 6-17.

Aplicar o Direito abrange muito mais, como, aliás, já estava no disposto na segunda parte do art. 126 do CPC/1973, dispositivo atualizado no CPC/2015 pelo referido art. 8º, este agora mais condizente com a realidade:

No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Note-se: o art. 8º está se referindo à aplicação do Direito, a arte, a técnica, a ciência da norma de conduta.

Não está se referindo ao direito objetivo, a previsão jurídica do interesse, nem ao direito subjetivo, que é a titularização por alguém da situação concreta que se extrai da norma que prevê o interesse ou bem jurídico tutelado.

Dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Tais disposições, da velha Lei de Introdução ao Código Civil, se mostram hoje ultrapassadas pelo disposto nos arts. 8º e 140 do CPC/2015, embora este pareça, repita-se: pareça somente incidir sobre a atuação do juiz no processo civil.

O disposto no art. 8º do CPC/2015 institui normas que se estendem a todo o Direito pátrio, ao substituir o disposto no art. 126 do CPC/73, que tem redação similar ao disposto no art. 4º da Lei Geral de Normas do Direito Brasileiro.

Na mesma linha de orientação, embora com redação um pouco diferente, o CPC/73 dispõe:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Ao dizer que não pode o juiz deixar de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, a legislação é muito mais respeitosa e muito menos truculenta que o bicentenário Código Civil francês de 1804, ao dispor cruamente no seu art. 4º que *o juiz que se recusar a decidir, sob o pretexto do silêncio ou da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado do delito de denegação de Justiça!*

Já o CPC/2015, no citado art. 8º, vem alterar, e atualizar substancialmente a aplicação do Direito ao comandar que o juiz não está restrito simplesmente à interpretação literal ou gramatical ou semiológica, mas, sim, iluminado por todo o ordenamento jurídico.

Na mesma linha do disposto no art. 8º, de efetivação do Direito, o novo Código também ampliou os poderes judiciais no sentido de se alcançar a realização da justiça material e efetiva, em cada caso concreto, ao dispor:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Há mais de cem anos, Jean Cruet já dizia que o *juiz... tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional*².

Na busca de tornar efetiva a atuação do Poder Público como instrumento de ação da sociedade, e isso principalmente pelo que decorreu dos horrores da II Grande Guerra, as Constituições modernas ditaram normas no sentido de dispensar a interposição do legislador para a efetividade das normas constitucionais, como se vê no art. 5º, § § 1º e 2º, da Constituição de 1988:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

² CRUET, Jean. *Op. Cit.*

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Sem o juiz não há Justiça nem a aplicação ou a efetivação do Direito.

2. CIVIL LAW E COMMON LAW

Justiniano (482-565) tornou-se o Imperador do Sacro Império Romano-Germânico em 527 d. C. e pretendia governar centenas de povos em grande extensão do mundo então conhecido.

Aliás, o título de imperador designa, justamente, o governante de vários povos, enquanto o título de rei é dado ao governante de um povo determinado.

O governo de Justiniano dependia de meios rudimentares e lentos de comunicação como navios e cavalos, e o seu vasto império compreendia reis, povos e costumes das mais diversas culturas, embora todos os homens livres pudessem ser considerados como cidadãos iguais em direitos civis, como decorria do Édito de Caracala de 212 d.C., concedendo a todos os estrangeiros (peregrinos), homens e livres, a condição de cidadãos romanos, de modo a habilitá-los a maiores encargos fiscais.

Decorreu aí a necessidade de Justiniano tentar impor uma legislação comum, que afastasse a grande maioria das regras jurídicas decorrentes dos costumes que vigoravam em cada região, garantisse o governo, evitasse a dispersão do Império e conferisse, tanto quanto possível, identidades comuns em tanta diversidade.

Em tal complexo conteúdo cultural é que Justiniano editou diversas leis e constituições, estas as leis que indicavam o modo de ser das instituições que, então existentes, eram reguladas pelo Direito Costumeiro.

Evidentemente os textos legais antes citados somente eram conhecidos por raros letrados, geralmente funcionários e quase sempre clérigos, que podiam entender os símbolos gráficos e que mesmo assim nem sempre poderiam apreender o seu significado, o que dependeria de sua capacidade individual.

Por isso as leis justiniâneas foram divulgadas em Latim, a língua que foi usada como padrão universal até os séculos XV e XVI, depois substituída nessa função pelo francês e, desde os meados do século XIX, pelo inglês.

A criação dos grandes Estados nacionais da Europa, dos quais Portugal foi o primeiro no século XV, e a conseqüente institucionalização de línguas nacionais como o português, o espanhol, o inglês e o francês, ao lado da criação da imprensa no século XVI, permitiu a divulgação das leis escritas, de forma a chegar ao que o Código Civil francês de 1804 proclamou a ficção jurídica adotada até hoje pela atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro no art. 3º, de que *ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*.

Justiniano nos legou o sistema jurídico denominado de Direito Romano-germânico, ou a família jurídica do *Civil Law*, sistema jurídico da Europa Continental, em que a fonte primeira da norma jurídica é o texto legislado, posto pelo Poder Público, como ainda está hoje no art. 126 do CPC/1973.

No sistema do *Civil Law*, a grande fonte do Direito é o texto escrito, de onde se extrai a norma que regula a conduta em cada caso. A norma decorre do símbolo gráfico, do artigo, do dispositivo, com fonte em poder acima da sociedade.

Inexistente a lei, aplica-se a analogia, isto é, a situação prevista em outro dispositivo legal como solução mais próxima para o caso em julgamento. Ainda se não couber a analogia, adota-se a norma decorrente do costume, ou seja, a regra de conduta adotada por determinado grupo social e, finalmente, subsidiariamente, os princípios gerais do Direito.

O outro grande sistema jurídico é o *Common Law*, também denominado sistema anglo-americano, em que a grande fonte do Direito é o costume, buscando o juiz a conduta social, os costumes, como paradigma para o julgamento do caso concreto, ficando vinculado aos precedentes não só o do próprio tribunal como os dos tribunais superiores.

No terreno constitucional, os norte-americanos optaram pela Constituição escrita para organizar o Poder Público. Nos dois anos seguintes, aprovaram dez emendas constitucionais declarando os direitos individuais. Nos séculos seguintes, veio predominar a interpretação pelos Juizes, principalmente os da Corte Suprema, que se irrogaram o poder de controlar a constitucionalidade das leis desde o célebre caso *Marbury vs Madison*, de 1803, como se vê no magistral voto redigido pelo Justice John Marshall.

A *Common Law* tem no precedente judicial (*case Law*) a sua fonte principal. Caracteriza-se por reservar à lei papel secundário, provocada por situações excepcionais ou para solucionar conflito insuperável entre

direitos jurisprudenciais, regionais ou estaduais (*statute Law*). Por isso, nesse sistema é comum ser a lei interpretada restritivamente.

Mas a diferença entre o Sistema Continental e o da *Common Law* é mais de forma, pois, enquanto no primeiro predominam a lei e os códigos, no segundo dominam o precedente judicial, os repertórios de jurisprudência, decorrentes dos costumes; ambos os sistemas, no entanto, estão inspirados pelas instituições jurídicas desenvolvidas na Roma antiga.

3. LEGALIDADE E EQUIDADE

Mesmo com o princípio da supremacia perante as demais normas, a Constituição escrita não consegue regular todas as situações, nem mesmo consegue se adaptar com presteza aos fatos supervenientes.

Enfim, a melhor fonte do Direito é a vida, a realidade, como expressa a antiga parêmia *ex facto oritur jus* (do fato nasce o direito subjetivo).

Os costumes são criados pela sociedade, as leis pelo legislador; aqueles vêm da prática da vida social, aquelas decorrem da vontade das pessoas que dispõem de poder de impor as condutas aos demais membros da sociedade.

A experiência e a razão criam o costume.

A experiência raramente cria a lei, porque a lei é desnecessária quando a conduta humana tem regulação social e segue os padrões de conduta. Aliás, é por isso que uma das características mais apontadas da lei é a capacidade de inovação na ordem jurídica, pois elas criam sempre algo de novo, algo que antes não existia.

O disposto no art. 8º do CPC/2015 difere profundamente do disposto no art. 126 do CPC/1973: aquele enfatiza o julgamento por equidade, este último o julgamento por legalidade.

Julgar pelo critério da legalidade é dar ao caso concreto a solução ou os efeitos previstos na norma jurídica decorrente do texto legal. Por exemplo, o juiz decreta o despejo do prédio porque a Lei 8.245/91, a Lei do Inquilinato Urbano, dispõe, no art. 9º, III, que a locação é extinta com o inadimplemento do aluguel e encargos, e na ação de despejo não purgou o inquilino a mora nem comprovou o pagamento.

A legalidade pode ser tomada no sentido amplo, como no art. 126 do CPC/1973, e no sentido estrito, como no art. 1.109 do mesmo Código:

Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Como a vida é muito mais rica em fatos do que pode suspeitar a previsão do legislador, hoje a maioria das causas são julgadas pelo critério da equidade, isto é, em cada caso, fundamentadamente, o juiz adota a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

São exemplos mais conhecidos de julgamento pela equidade:

a) o arbitramento dos danos nas ações de responsabilidade civil, como dispõe o Código Civil, em seu art. 944: *A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização;*

b) a redução da pena como decorre do art. 413 do Código Civil: *A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio;*

c) em caso de onerosidade excessiva:

- no art. 478. *Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação;*

- no art. 479. *A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato;*

- no art. 480. *Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.*

É prerrogativa do magistrado decidir as causas sem que por isso possa ser punido, segundo a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei

Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, art. 41: *Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.*

4. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Interpretar é o ato de apreender o sentido da norma jurídica.

A Hermenêutica é a ciência da interpretação, que indica os critérios ou os meios para se apreender o significado da norma. A palavra invoca o deus grego Hermes, o mensageiro dos deuses.

Aplicar o Direito é efetivar as normas e também fazer incidir os valores e os interesses protegidos pela ordem jurídica.

A aplicação do Direito está muito além da *interpretação literal, ou filológica, ou semiológica*, que se prende somente ao texto legal, ou a *interpretação sistemática*, que gira somente em torno da incidência das regras impostas pelos dispositivos constitucionais e legais.

Insista-se: o Direito, ou ordenamento jurídico como expressa o art. 8º, está muito além da Lei, esta o conjunto dos dispositivos postos nos comandos legislativos através de artigos, parágrafos, incisos e alíneas.

5. INTERPRETAÇÃO LITERAL

A interpretação literal ou gramatical ou semiológica, este termo se referindo à Semiologia, ou ciência dos símbolos, presa ao significado linguístico dos dispositivos legais, somente era legítima no velho liberalismo do século XIX e do início do XX, antes da II Grande Guerra, em que se podia afirmar a supremacia do Parlamento através de leis genéricas e abstratas, sob a premissa de imanente igualdade entre os indivíduos.

Até então, a Constituição não tinha exequibilidade direta quanto aos direitos individuais, pois carecia da complementação do legislador. Por isso então se distinguiam as normas constitucionais em autoaplicáveis ou em não autoaplicáveis.

Charles de Secondat (1689-1755), o Barão de Montesquieu, magistrado do velho regime francês, no monumental *O Espírito das Leis*, afirmava que os juízes, ao julgar as causas que lhe são submetidas, eram seres

sem alma, que simplesmente pronunciavam as palavras da Lei: *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*

Jean-Étienne-Marie Portalis (1746–1807) levou ao extremo a ideia de que o Direito simplesmente decorria do texto legal, ao proclamar que não ensinava o Direito Civil, mas o Código Civil francês de 1804, de cujas letras pretendia extrair todos os comandos necessários à vida do cidadão.

Mas o texto legal é criatura humana, e por mais excelente que seja, não se imuniza aos defeitos do seu criador, e não consegue prever todas as situações que ocorrem na vida.

Impossível ao legislador regular para o futuro a multidão dos casos que a dinâmica da vida impõe aos juízes resolver. Quase sempre os fatos derrotam a previsibilidade legal, por mais que esta seja ambiciosa ou arrogante.

Não há como substituir a função do Juiz tão somente pela letra fria da Lei, que não pode tudo prever.

A função do Juiz é aplicar o Direito, efetivar no caso concreto o que as leis preveem genericamente.

6. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Daí se evoluiu para o que se denominou de *interpretação sistemática*, mantida a desconfiança no papel do juiz, embora prosseguindo a reverência quase sagrada ao texto da lei.

A interpretação sistemática busca suprir as lacunas e leva o juiz e os advogados a pesquisar no conjunto legislativo, nos diversos dispositivos dos textos legislativos pertinentes, qual seria a vontade hipotética do sistema da lei, a denominada *mens legis*, esta a significar a *inteligência da lei*, ou o *espírito da lei*, os fundamentos práticos ou filosóficos que levaram à edição do ato normativo.

O fundamento da interpretação sistemática é que há uma causa ou razão ou fundamento para a existência da lei, a ideia geratriz que conduziu à edição da lei, e que esta decorreria necessariamente de uma vontade única.

Assim é possível quando o diploma legal foi gerado por poucos legisladores, o que não coaduna mais com o regime da democracia representativa, em que a vontade parlamentar decorre do consenso entre centenas de representantes na Casa Legislativa.

O prestígio da interpretação sistemática só se destacou como fundamento da interpretação enquanto as leis eram autoritárias, outorgadas, e não produto do consenso entre centenas de legisladores, como se faz nos regimes democráticos.

Somente o texto legal autoritário, outorgado, imposto de cima para baixo, pode oferecer a homogeneidade de um sistema, não a lei decorrente do consenso, ou da maioria das vontades, discutida e votada em assembleias parlamentares em que se representam as mais diversas correntes de opinião.

Então, até mesmo enfatizava a doutrina que se procurava não a *mens legislatoris* – o que pretendia um pretense e unívoco legislador –, mas o sistema normativo pretendido pelo conjunto do texto, a denominada *mens legis*.

Aliás, o processo moderno, e não só o processual civil, só se justifica eticamente se voltado à efetivação dos direitos, à transformação da realidade de forma a atender ao que esperam as normas jurídicas no Estado Democrático de Direito. E por isso mesmo dispõe o art. 6º do CPC/2015: *todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*³

7. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA

Mas continua a incompletude legislativa: a sacralidade do texto legal não combina com a vida, pois *vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade*, como Jean Cruet colocou como epígrafe de sua obra, em 1905⁴.

Passou-se, então, ao processo de atualização da lei, pela denominada interpretação histórica ou atualista, esta no sentido não de se ancorar a compreensão do Direito no passado em que foi feita a lei, mas de levar o intérprete a verificar a História na sua dimensão infinita, que compreende o passado, o presente e o futuro.

A interpretação histórica não pode se assentar somente sobre o pretérito que conduziu o legislador a editar o dispositivo legal, como se os mortos pudessem vincular as novas gerações, e o passado se reproduzisse no futuro, sem considerar os percalços e as dificuldades do presente.

3 GUTIERREZ SLAIBI, Maria Cristina Barros. *Dever judicial de julgamento do mérito*. 2. ed., Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2013.

4 CRUET, Jean. *A vida do Direito e a inutilidade das leis*. 3. ed., CL EDIJUR, Leme/SP: 2008, 224 p.

Cada geração tem o impostergável poder de traçar o próprio destino, de interpretar a lei levando em conta não os interesses e fundamentos das gerações pretéritas, mas dos interesses que avultam no presente. E nenhuma geração tem o poder de vincular as gerações futuras quanto à escolha do próprio destino.

Nessa investigação histórica, tentativamente buscando legitimar o texto produzido no passado, viram-se destacados os elementos normativos a conter os denominados *conceitos indeterminados*, que já se chamaram de conceitos flexíveis quando da época de predominância da interpretação literal, permitindo ao aplicador maior liberdade de ação, como, por exemplo, o disposto no Código Civil no essencial tema de arbitramento dos danos, no já transcrito art. 944.

Em tema rotineiro e visceral como o arbitramento da reparação dos danos, não ousou o legislador estabelecer critério senão o decorrente da própria situação fática, qual seja, a própria extensão do dano, a significar que o caso concreto é a medida do arbitramento do dano.

Os denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, como razoabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, publicidade, eficiência, constantes do disposto no art. 8º, indicam outro critério de julgamento que não o da simples legalidade. Conceitos jurídicos indeterminados conduzem o aplicador do Direito ao julgamento pela equidade, levando em conta o caso em julgamento, e não a previsão tímida e incompleta posta na hipótese legal.

O julgamento pela legalidade estrita ocorre quando se aplica no caso concreto a solução dada pela norma legal, como diz o art. 126 do CPC/73; o julgamento pela legalidade ampla quando se aplica não só a legalidade estrita como outros critérios derivados com a analogia, os costumes ou os princípios gerais do Direito.

O julgamento por equidade ocorre quando se dá ao caso a solução mais adequada, ainda que afastando o princípio da legalidade. Por exemplo, o que está no art. 1.109 do CPC/73, quanto à jurisdição voluntária: [...] *não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.*

Tal dispositivo não foi repetido no CPC/2015, por desnecessário, em face do que se contém no art. 8º, a adotar também o critério da equidade,

que leve em conta não a letra fria da lei, como no critério da legalidade, mas a justiça e a efetividade do caso concreto em julgamento.

Não mais as premissas afirmadas *a priori*, como no critério da legalidade estrita, que nada mais são que meios de prevalência ou de imposição de valores de eventuais maiorias legislativas, quando não nefandos meios da mais sórdida dominação, mas a afirmação de que o Direito somente se legitima como instrumento de resolução dos conflitos de interesses que se manifestam no presente.

Não mais o juiz-robô, mas o juiz que constrói a norma jurídica que vai regular cada caso concreto com a força de lei para as partes que rogam a proteção da Toga.

Grite-se que não bastam a legalidade, as disposições, os artigos ou os símbolos gráficos que se encontram na Constituição e nas Leis para a regência da vida coletiva ou individual, pois o modo pelo qual são aplicadas as normas pelo Juiz em cada caso é que torna efetivo o Direito.

O critério da legalidade introduz o princípio da igualdade formal, decorrente do texto da lei: *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, como proclama a Constituição de 1988, art. 5º, *caput, initio*.

O critério da equidade introduz o princípio da igualdade material, decorrente da aplicação em cada caso concreto.

Com a equidade, quebra-se, então, o confortável e falso conceito da igualdade formal, devendo-se buscar a isonomia material, ainda que tratando desigualmente os desiguais.

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem⁵.

A isonomia formal está na letra fria da lei.

⁵ Barbosa, Rui. *Oração aos Moços* (1999). Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. Anexo IX - "Oração aos Moços", p. 8.

A isonomia material está na vida, no caso concreto. Sua fonte é a razão, a emoção, a intuição – enfim, o espírito - do aplicador do Direito.

O Direito não só garante direitos subjetivos, mas, também, intenta transformar a sociedade. Para isso, não passa ao largo das situações estabelecidas, dos fatos, da realidade, antes a considera para reconhecer os direitos subjetivos.

Confere-se superioridade jurídica a quem está em inferioridade econômica ou social, como se vê inumeráveis vezes no Direito daqui e de alhures.

8. INTERPRETAÇÃO AXIOLÓGICA OU VALORATIVA OU DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE

O disposto no art. 8º exige a interpretação axiológica, decorrente dos valores ou interesses ali postos como essenciais.

Na busca do valor que deva fazer predominar no julgamento da causa que lhe é submetida, finalmente o juiz atravessa a ponte de ouro entre o Direito (a Ciência da norma de conduta) e a Ética (a Ciência da conduta), esta o fundamento, a razão, a legitimação daquele.

Os fins sociais e as exigências do bem comum, ali referidos, são os valores notadamente declarados no art. 3º da Constituição, quais sejam, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, as tarefas ou o “dever de casa” da sociedade brasileira:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição e a Lei, esta no sentido amplo, neste século XXI, não mais são consideradas imparciais e distantes da realidade diferentemente do que se pensava no século XIX.

Como decorre do transcrito art. 3º da Constituição, a sociedade e o Poder Público são agentes de transformação sociais e, assim, não mais olímpicos e indiferentes à realidade.

O compromisso de todos os agentes sociais com os mandamentos constitucionais dirige a conduta de todos os agentes públicos e privados na busca dos resultados de construir uma sociedade livre, justa e solidária, visando a garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e tudo o mais constante do mencionado art. 3º.

9. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A expressão *dignidade da pessoa humana* decorre dos fundamentos recitados logo no início da Constituição, art. 1º, III, e se remete ao individualismo filosófico, que prevalece desde o Renascimento, de que todos os seres humanos têm a mesma dignidade e relevância, ainda que se encontrem em situações diferentes e não sejam exatamente réplicas dos demais, pois a diversidade é imanente à natureza humana:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

O valor da dignidade humana expressa muito mais do que um mandamento no sentido de que todos são merecedores do respeito. Expressa que o Direito leva em conta que o ser vivo nascido de mulher, o homem, traz em si os direitos fundamentais como decorrência de sua condição indisponível de integrante da Humanidade.

Não é a Constituição ou o texto da lei, ainda que escrito em letras de ouro no mais valioso suporte, que dá direitos à pessoa humana. Cada um de nós traz em si os direitos e deveres que a todos assistem.

Immanuel Kant⁶ considera a dignidade a partir da autodeterminação ética do ser humano, sendo a autonomia o alicerce da dignidade. O ser humano é capaz de autodeterminar-se e agir conforme as regras legais, qualidade encontrada apenas em criaturas racionais. Existe como um fim em si mesmo e não como um meio para a imposição de vontades arbitrárias.

Ainda nesse sentido, Kant⁷ postula:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade?

E Carmen Lúcia Antunes Rocha conclui estas observações sobre o princípio da dignidade humana⁸:

O sistema normativo de Direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas, a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no Direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.

6 KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção "A Obra-Prima de Cada Autor", 2006, p. 134 e 141.

7 *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

8 ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EXCLUSÃO DO SOCIAL. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>.

10. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O disposto no art. 8º também remete o juiz aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este também denominado pelos civilistas de princípio da ponderação dos interesses e pelos penalistas, de princípio da redução do excesso.

É comando normativo salutar, pois conduz o operador do Direito a repensar a sua função, sopesando os valores em confronto no julgamento da causa. Não é mais a de mera aplicação do que está escrito na lei, na antiga e medieval expressão *dura lex sed lex* (a lei é dura mas é a lei), mas à relevante função de construir a regra de conduta que regulará a intensa e densa vida da sociedade, atento aos valores, aos interesses, à denominada objetividade jurídica que o Direito pretende amparar.

Luís Recaséns Siches (1903-1977), guatemalteco naturalizado mexicano, foi haurir no Iluminismo do século XVIII, no racionalismo criticado por Kant, a expressão hoje tão difundida: *A lógica do Direito é a lógica do razoável*.

Para ele, toda axiologia supõe fundamentos *a priori*, o que não exclui da presença no Direito de elementos empíricos; no meio caminho entre o formal e o empírico está a lógica do razoável, como mediação entre a teoria, que são os princípios do ordenamento jurídico e a *práxis*, que é a sua aplicação à vida humana.

A razoabilidade, como critério hermenêutico, os americanos a extraíram do *due process of Law*, o conjunto de garantias processuais asseguradoras do caráter dialético do processo que objetiva inibir a liberdade ou a propriedade (veja-se a herança que está no art. 5º, LV, da Carta de 1988).

Os Juízes da Suprema Corte, a partir da década de 30, muitas vezes como reação às inovações do *New Deal* rooseveltiano, usaram e abusaram do critério da razoabilidade, chegando mesmo o grande Justice Charles Evans Hughes a afirmar que *nós (todos) vivemos sob uma Constituição e esta é aquilo que nós (a Corte) diz que é...*

A teoria da razoabilidade pressupõe premissas (pré-emitidas) ou pressupostos (pré-supostos) identificando-se com os preconceitos (ou valores pré-concebidos) que norteiam a aplicação do Direito.

Em contraposição ao enunciado de Recasens Siches, e aí afirmando o empirismo, a experiência de vida como fundamento filosófico, Oli-

ver Wendell Holmes cruamente afirmava que a lógica do Direito é a vida, propugnando a perquirição, em cada tema, dos valores culturais, sociais, políticos ou econômicos que devem conduzir à aplicação da norma.

Daí, finalmente, se imbrica a teoria da razoabilidade com o denominado critério da proporcionalidade, a buscar nos valores em contraste aquele de maior densidade que predominará na resolução do caso em julgamento.

Ao extrair do dispositivo as normas que aparentemente estejam em conflito quanto aos valores por elas protegidos, cabe ao intérprete sopesar tais valores, colocá-los em ponderação e, a final, optar pela norma que tutela o valor que deve preponderar no caso em julgamento.

Então o aplicador do Direito não mais declara a lei, buscando inspiração somente no texto legislativo. Mas constrói gradualmente a norma de conduta que vai regular o caso concreto, não só através do texto legislativo, mas também da atualização e do cuidadoso confronto dos valores em disputa.

O Direito não é só razão, é a vida. É tópico, pois depende do tempo e do lugar, não é utópico (em lugar nenhum e assim onipresente) como o ideal da Justiça.

Ubi homo ibi societas, ubi societas ibi jus, assim referia Ulpiano no *Corpus Juris Civilis* a significar *onde está o Homem, há sociedade; onde há sociedade há Direito*.

O operador jurídico navega sempre em mares revoltos - as tempestades são produzidas pelos interesses conflitantes que decorrem da própria individualidade - em busca do porto, nem sempre seguro, onde se concretiza a resultante norma de conduta.

11. PUBLICIDADE

A publicidade no atuar judicial é decorrente menos do disposto no art. 93, IX, da Constituição, mas muito mais do fato de que o juiz é autoridade pública e não está simplesmente resolvendo um caso privado e disponível, como aqueles resolvidos pelos árbitros escolhidos pelas partes.

E assim é porque a fonte da autoridade do árbitro é o compromisso ou cláusula arbitral, em que as partes exercem a disponibilidade do direito subjetivo de lhe delegar a resolução do conflito de interesses pelas

regras processuais e de direito material que eles estabelecem.

É a publicidade a regra da jurisdição porque o juiz exerce autoridade pública, resolve o caso de acordo com as regras do ordenamento jurídico e somente pode restringir a publicidade quando assim exigir o caso em julgamento, como dizia o art. 155 do CPC/1973 e repete o CPC/2015:

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

12. EFICIÊNCIA OU EFETIVIDADE

A eficiência na jurisdição é a efetividade das decisões, isto é, não se pode ter um processo tão autônomo que ignore a vida que existe no conflito de interesses que o juiz deve resolver.

Só se instaura a relação processual entre demandante, demandado e juiz porque há uma demanda, isto é, o demandante apresenta o pedido, que é a pretensão posta no processo. Dizia Francesco Calamandrei que a pretensão é a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio.

O Código de Processo Civil de 1973, na exposição de motivos, estabelece uma identidade entre os conceitos de lide e de mérito:

Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a a outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.

Dispõe o CPC/2015 sobre o dever de todos os sujeitos do processo, e não somente do juiz, de se buscar a resolução do mérito:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

13. CONCLUSÃO

O desenvolvimento social, a mudança dos costumes, a consciência individual e coletiva sobre a dignidade da pessoa humana foram alguns dos fatores que levaram ao imenso esforço de elaboração do Código de Processo Civil de 2015.

Ali se escreveu, tanto quanto se permitiu na construção do consenso entre os legisladores, tudo o que se podia imaginar para que o processo permita a realização de sua função essencial no Estado Democrático de Direito, a realização da Justiça efetiva e acessível a quem dela necessite. ❖

Deveres e Direitos da Pessoa Privada de Liberdade. A Violação dos Direitos Fundamentais*

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal e Professor Emérito da EMERJ.

“A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, (...)”

(Art. 144, *caput*, 1ª parte, CF/88)

1. O conjunto de *direitos e garantias* da pessoa humana é definido como *direitos humanos fundamentais*, exigências da *dignidade*, da *liberdade* e da *igualdade*, tanto no aspecto individual, como no comunitário, contra *excessos* cometidos por órgãos e agentes do Estado. Tais direitos caracterizam-se pela: **a) imprescritibilidade; b) inalterabilidade; c) inviolabilidade; d) universalidade; e) efetividade; f) independência; e, g) complementabilidade**, em nossa Carta Política. Estabelecem onde os *limites* estão consagrados (*princípio da relatividade ou da consciência das liberdades públicas*), pois *não* podem servir de biombo ou salvaguarda de atividades ilícitas, diante do Estado de Direito. Na ordem da conduta humana, é indispensável manter o postulado da *dignidade ética*, suporte dos direitos humanos e núcleo antropocêntrico da lei. Assim, com a democracia, que é forma política de institucionalizar a liberdade jurídica, *não* é legítimo o fim de implantar a antidemocracia.

* Palestra realizada na 232ª Reunião do Fórum Permanente de Execução Penal, 17 de setembro de 2015, EMERJ.

2. O *princípio da legalidade* assegura as garantias da pessoa diante do poder punitivo do Estado, no qual se inclui a *garantia executiva*, que, na feliz expressão de Bettiol, *vive* na execução. Constitui-se em uma exigência do Estado de Direito, pois o condenado torna-se *sujeito de direitos* diante do *princípio da humanidade*. A pessoa privada de liberdade *não* tem “benefícios”, mas sim *direitos públicos subjetivos*, como *sujeito* e não *objeto* de direitos. Foi complexo e lento o processo de consolidação da posição jurídica do condenado, quer pelo reconhecimento da juridicidade, quer pelo reconhecimento das garantias constitucionais como *sujeito da execução*.

3. As instituições são, além de organizações *formais*, sistemas sociais *informais*, com códigos de comportamento bem definidos e ambiente para a *aprendizagem*, *reforço* ou *inibição* de respostas sociais. O *sistema de valores* a que os encarcerados são submetidos é inevitavelmente mais criminógeno do que o mundo exterior, porque nele *todos* são juridicamente criminosos. Tais instituições, as *prisões*, oferecem *oportunidades* para *ensinar* uns aos outros as habilidades e atitudes de uma “carreira desviante”, e com frequência estimula o uso de suas *habilidades* reprováveis. Há o *aprendizado* dos “novos” integrantes da comunidade que possui *regras* e *cultura* características do processo de *prisonalização*. A desconstrução do *sistema de prisonalização* começa por uma microsociedade organizada e bem gerida, onde há *deveres* e *direitos das pessoas privadas de liberdade*, que devem *conviver* respeitando *regras de confiança* e *solidariedade*, durante longo tempo.

4. A perda da liberdade implica a perda ou restrição de direitos atingidos por ela. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena. Contemporaneamente, diante de nossa população carcerária, a quarta maior do mundo (2015), é imperativo que existam normas que regulem o comportamento das pessoas privadas de liberdade, em face de conflitos permanentes e tendências antissociais, a fim de *reduzir* os constantes desvios de conduta. São *normas de convivência* balizadas pelo *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Questionam-se os *limites* constitucionais de garantia dos direitos da pessoa privada de liberdade, com destaque o *princípio da legalidade executória*. Defende-se a garantia

de que os apenados ou custodiados cautelarmente tenham podido conhecer a *cartilha* com as *regras de conduta* para poder adequar o seu comportamento ao direito e ao regulamento da prisão.

5. São *deveres* da pessoa privada de liberdade, normatizados na Lei de Execução Penal: **a)** *comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença*; **b)** *obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com que deva relacionar-se*; **c)** *urbanidade e respeito no trato com os demais condenados*; **d)** *conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina*; **e)** *execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas*; **f)** *submissão à sanção disciplinar imposta*; **g)** *indenização à vítima ou aos seus sucessores*; **h)** *indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho*; **i)** *higiene pessoal e asseio da cela ou do alojamento*; **j)** *conservação dos objetos de uso pessoal*.

6. Dois pontos devem ser destacados no *plano de deveres*: *comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença*. Ao exigir o legislador “*obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se*”, exige cumprimento das *ordens legais* inadmitindo condutas insolentes, ameaçadoras ou desrespeitosas. A *urbanidade* é imperativa no trato com os companheiros de cárcere, observada a realidade perversa da vida cotidiana na microssociedade. O respeito à vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana são imperativos de condições de *segurança, igualdade e justiça*, principalmente ao custodiado pelo Estado.

7. A Constituição Federativa de 1988 fixa os seguintes *direitos*: **a)** *é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*; **b)** *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*; **c)** *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*; **d)** *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*; **e)** *o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*; **f)** *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*; **g)** *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade*

judiciária competente (proibição das denominadas “*prisões para averiguações*”), salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; **h**) a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao magistrado competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; **i**) o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado; **j**) o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; **k**) a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (audiência de custódia); **l**) ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; **m**) indenização por erro judiciário ou por prisão além do tempo fixado na sentença.

8. Constituem direitos da pessoa privada de liberdade na esfera de âmbito da vida carcerária: **a**) alimentação suficiente e vestuário; **b**) atribuição de trabalho e sua remuneração; **c**) constituição do pecúlio; **d**) proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; **e**) continuação das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriormente exercidas, desde que compatíveis com a execução da pena; **f**) assistência material, médica, educacional, social e religiosa; **g**) proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; **h**) entrevista pessoal e reservada com o advogado; **i**) visita do cônjuge, do convivente, de parentes e amigos em dias determinados; **j**) chamamento nominal; **l**) igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; **m**) audiência especial com o diretor do estabelecimento; **n**) liberdade de petição e representação para qualquer autoridade, mesmo estranha ao estabelecimento; **o**) acesso ao mundo exterior por meio de imprensa e da correspondência escrita; **p**) permissões de saída e saídas temporárias; **q**) representação e petição a qualquer autoridade em defesa do direito; **r**) seguro contra acidente de trabalho e a previdência social; **s**) atestado anual de pena a cumprir, que constará: **a.** o montante de pena privativa de liberdade; **b.** o regime prisional de cumprimento de pena; **c.** a data do início do cumprimento da pena e a data, em tese, do término do seu cumprimento; **d.** a data a partir da qual o apenado, em tese, poderá postular a própria progressão de regime prisional e o livramento condicional.

9. Aos direitos da pessoa privada de liberdade, especificados no rol da Lei de Execução Penal, aduz-se que: **a)** é garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar o tratamento; **b)** a mulher e o maior de 60 (sessenta) anos, separadamente, serão recolhidos em estabelecimentos próprios e adequados às suas condições pessoais; **c)** os estabelecimentos destinados a mulheres será dotado de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até 6 (seis) meses de idade.

10. A Carta Republicana assegura o respeito e a integridade física e moral da pessoa encarcerada, com isso vedando nas unidades prisionais a prática da *tortura*, de *maus-tratos*, de *lesões corporais*, de castigos físicos e morais que, por sua *crudeldade* ou conteúdo *desumano*, *degradante* e *vexatório*, atentam contra a *dignidade da pessoa humana*, que constitui em um complexo de direitos e de deveres fundamentais que objetivam garanti-la contra qualquer ato degradante e desumano e, promover sua participação na vida comunitária. Veda-se a flexibilização. Tal prática violadora dos direitos humanos é constatada infelizmente em quase todas as prisões do mundo.

11. Barack Obama foi o primeiro Presidente norte-americano a visitar um presídio federal (16/7/2015), o El Reno, em Oklahoma, defendendo uma reforma ampla que melhore as condições de vida dos condenados e repensem as sentenças excessivas aplicadas, pedindo a *redução das penas* e uma *redefinição* das sentenças mínimas obrigatórias. Aduza-se que os Estados Unidos possuem uma população carcerária de 2.200.000 pessoas, com um custo anual de 80 bilhões de dólares, em que 70% da massa carcerária é composta por negros e latinos, sendo quatro vezes mais alta do que a da China.

12. O Brasil, sendo a quarta maior população carcerária do planeta, encontra-se na contramão da realidade contemporânea, aumentando o tempo de prisão, reduzindo os benefícios, sob o rótulo midiático de combate à impunidade e à violência. Ainda perdura a visão contestatória de que *não há direitos humanos para “inimigos”*.

13. Ainda são direitos da pessoa privada de liberdade: **a)** a *previ-dência social*, para a qual poderá contribuir e ingressar na Justiça do Trabalho para reclamar seus direitos; **b)** a *formação de seu pecúlio*. Os apenados devem ser incentivados a economizar parte de sua remuneração aplicando-a em *cadernetas de poupança* para o momento difícil de sua saída da prisão; **c)** a *prática de atividades de recreação*. Todo apenado ou custodiado deve exercer atividade física ao ar livre por duas horas diárias, sendo permitida a existência de sala de musculação, com equipamentos apropriados. As atividades recreativas estimulam o *processo de socialização*, a fim de que se organizem na prática de jogos esportivos e atividades artísticas e culturais; **d)** a *assistência material*. Todos os locais de um estabelecimento penal devem ser mantidos limpos durante *todo* o tempo. O acesso às instalações sanitárias deve ser higiênico e que proteja a sua intimidade. Os apenados ou custodiados devem cuidar da limpeza pessoal das suas roupas e de seu alojamento. As autoridades penitenciárias devem fornecer os artigos de toalete, utensílios e produtos de limpeza. Registre-se que, na maior parte dos estabelecimentos penitenciários dos estados da Federação, há precariedade da alimentação e ausência de vestuário; **e)** a *saúde*. A questão da saúde é trágica nos estabelecimentos penitenciários dos estados da Federação (no estado do Rio de Janeiro, com uma população de 2.200 mulheres presas, há apenas um único médico ginecologista). Daí, pacífica jurisprudência, no sentido da concessão de *licença especial domiciliar* para tratamento médico, diante das violações elementares dos direitos da pessoa privada de liberdade. O Estado é responsável pela integridade física e moral, *não* pode se eximir de qualquer tratamento de saúde. Na conduta omissiva, deve ser condenado em perdas e danos materiais e morais. Há responsabilidade civil do Estado pelos *danos morais* comprovadamente causados às pessoas privadas de liberdade, e sob sua custódia, em decorrência de violações à dignidade provocadas por sua *omissão*. A deficiência crônica de políticas e ações prisionais adequadas atinge a população carcerária, pois é complexa e custosa (STF, RE 580.252/MG, voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso). Os apenados devem ter um regime alimentar que leve em conta a idade, o estado de saúde, o estado físico, a religião, a cultura e o tipo de trabalho. A alimentação deve ser preparada em condições de higiene e durante todo o tempo haver acesso à água potável, sendo servidas três refeições diárias. O Regulamento do Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro permite que os

estabelecimentos penais possuam *cantinas* para a venda de produtos *não* fornecidos pela administração. O preço dos produtos *não* poderá ser superior ao cobrado nas casas comerciais do mundo livre e as rendas serão recolhidas ao Fundo Especial do Sistema Penal; **f**) a *assistência jurídica*. Registre-se que, ainda em grande parte das unidades prisionais, o próprio apenado, de próprio punho, postula seus direitos no processo de execução. O estado do Rio de Janeiro, em sua Carta Política, “Obriga-se, através da Defensoria Pública, a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Devem ter acesso aos documentos relativos aos procedimentos judiciais que lhes digam respeito, ou serem autorizados a guardá-los consigo. É fundamental a presença de um defensor público em cada unidade prisional. Posiciona-se *contra* a postura do Superior Tribunal de Justiça, que *veda* a requisição do apenado ou do custodiado cautelar, por parte do defensor público, com a finalidade de subsidiar a elaboração da resposta à acusação, diante do argumento de que inexistente amparo nas regras processuais (STJ, HC 149.603/RJ, 5ª T., rel^a. Min^a. Laurita Vaz, j. 18.10.2011); **g**) a *assistência educacional*.

Anote-se a edição do Decreto nº 7.626, de 24.11.2011, que institui o *Plano Estratégico de Educação do Sistema Prisional*, em que se dá destaque para: **a.** fomentar a formulação de políticas de atendimento educacional à criança que esteja em estabelecimento penal, em relação da privação de liberdade de sua mãe; **b.** construir para fortalecer a erradicação do analfabetismo e para a ampliação da oferta de educação no sistema prisional; **c.** promover a formação e a capacitação dos profissionais envolvidos na implantação do ensino; **d.** viabilizar as condições para a continuidade dos estudos dos egressos do sistema prisional. Para tanto, no que tange ao Ministério da Educação, é necessário: *a*) equipar e aparelhar os espaços destinados às atividades educacionais nos estabelecimentos penais; *b*) promover a distribuição de livros didáticos e a composição de acervos de biblioteca e fomentar a criação de salas de leitura. Já no que concerne ao Ministério da Justiça, compete: *a*) conceder apoio financeiro para a construção, ampliação e reforma dos espaços destinados à educação nas unidades prisionais; *b*) orientar os gestores do sistema prisional para a importância da oferta da educação. Sendo o ensino um dos eixos da sustentabilidade da execução penal, diante de um olhar realístico sobre a população carcerária, e com o estímulo à *remição da pena*, há exigibilidade de uma *escola* em cada estabelecimento penitenciário, para o ensino

fundamental e médio, utilizando-se da modalidade de ensino a distância para apoio, também, no profissionalizante. O que não se pode admitir, em pleno século XXI, é que o apenado entre e saia analfabeto da prisão. Cada estabelecimento deve dispor de uma biblioteca e uma sala de leitura; **h)** a *assistência religiosa*. O direito à *liberdade de pensamento*, de *consciência* e de *religião* deve ser respeitado. Entende-se que quem cumpre pena em *regime domiciliar* tem direito a frequentar cultos religiosos, a ser cumprido no local, dia e horário informado e fiscalizado pelo Juízo da execução.

14. Destaca-se o *direito à proteção contra o sensacionalismo* dos órgãos de comunicação de massa, principalmente a prática de obrigar os presos a serem expostos aos fotógrafos e às câmaras de TV, “*a fim de serem apresentados à imprensa*”, por certas autoridades ávidas de publicidade que formam politicamente a opinião pública *antes* da sentença condenatória ou sem o trânsito em julgado da decisão, passando sobre o *princípio constitucional da presunção de inocência*. Sabe-se que a divulgação da imagem pode redundar em *prévia* condenação pública, que é *irreparável*, violando a dignidade da pessoa humana. Não se deve confundir o *direito de informar* com a *negativa exposição sensacionalista* de fatos e pessoas. O inconveniente da *exposição pública* do preso está prevista no art. 198 da Lei de Execução Penal e contra o *sensacionalismo*, no art. 41, VIII, do mesmo diploma. Os condenados que cumprem pena em regime fechado por crimes que tiveram grande repercussão pública *não* podem ser objeto de *entrevistas* pela mídia sensacionalista a busca de audiência. Os direitos do apenado estão à disposição na via da revisão criminal a qualquer tempo.

15. A obstaculação na comunicação com a família e na restrição à visitação e *prática vexatória de revistas* no ingresso de mulher na unidade penal, viola-se a garantia de legalidade executiva, o direito de proteção à família e o princípio da intranscendência da pena. As “Regras Penitenciárias Europeias” prescrevem que as sanções disciplinares *não* podem envolver uma interdição *total* das relações com a família. O direito do apenado ou cautelar de *comunicar-se com sua família* deve ser visto sob dois ângulos: **a)** como integrante dos direitos das pessoas privadas de sua liberdade a ter uma respeitabilidade humana; **b)** como componente do direito à proteção da família. Coloca-se a questão do *regime de visitas*

vinculado aos direitos de proteção e, especialmente, do *princípio da intranscendência da pena*. A discussão acadêmica se aprofunda em relação ao benefício da comunicação do apenado ou custodiado com o interesse do filho menor, diante de um ambiente perverso e estigmatizante. O *princípio da razoabilidade* deverá temperar a relativização. Destaca-se no voto do Ministro Gilmar Mendes: “De fato, é público e notório o total desajuste do sistema carcerário brasileiro à programação prevista pela Lei de Execução Penal. Todavia, levando-se em conta a almejada ressocialização e partindo-se da premissa de que o convívio familiar é salutar para a perseguição desse fim, cabe ao Poder Público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes” (STF, HC 107.701/RS, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.9.2011). Não há conflito na autorização de visita ao pai ou à mãe no estabelecimento penal, diante do art. 227 da Carta Política pertinente ao direito de convivência familiar.

16. É garantido o direito do preso à *entrevista pessoal e reservada* com seu *advogado*, ainda que detido em estabelecimento civil ou militar, mesmo que tenha sido decretada nos autos a sua *incomunicabilidade ex vi* do art. 5º, LV, da Constituição Federal, e a lei ordinária *não* poderá excluir do Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ao Direito individual *ex vi* do art. 5º, XXXV, da Carta Política. A unidade prisional deve sempre facilitar e *não* dificultar os horários para entrevista. O *sigilo* deve ser observado, *não* podendo o guarda ficar próximo para ouvi-lo. Não se pode esquecer o *direito do advogado* (art. 7º, III, do Estatuto da OAB e o Decreto nº 6.049/2007, Regulamento Penitenciário Federal), que as *entrevistas* deverão ser previamente agendadas e designadas imediatamente as datas e os horários para o *atendimento reservado*, durante 10 (dez) dias subsequentes. No caso de *urgência*, deverá ser imediatamente autorizada. São indicadores para a designação da data: **a)** fundamentação do pedido; **b)** conveniência do estabelecimento penal federal, diante da segurança deste, do advogado, dos servidores, dos funcionários e dos próprios presos. Questão a ser aventada é o da *entrega de documentos* à pessoa privada de liberdade e suas indagações para que o advogado possa exercer a plenitude da “*ampla defesa*”, quando fica vedado qualquer contato físico para a entrega, diante da divisória de vidro, com interfone para

comunicação oral. O Supremo Tribunal Federal entende que “O fato de a conversa entre o profissional e o detido ser registrada apenas mediante o uso de interfone, por si só *não* constitui ofensa à prerrogativa profissional. O que configura flagrante agressão aos direitos de comunicação pessoal e reservada é a gravação dessa conversa, mesmo que autorizada judicialmente, caso o próprio advogado *não* esteja sendo investigado” (STF, HC 112.558/RJ, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.6.2013).

17. Revisitando o tema, a *pessoa privada de liberdade* também tem o direito de: **a)** ser *chamado por seu próprio nome* (“chamamento nominal”); **b)** *ter igualdade de tratamento*; **c)** *audiência com o diretor da unidade em que está lotado*. A entrevista deve ser pessoal, sem a presença de outros funcionários para que o apenado ou custodiado possa relatar, inclusive, *tortura, maus-tratos, ameaças, constrangimentos ilegais e extorsões* que tenha sofrido; **d)** *representação por petição a qualquer autoridade em defesa de direito, inclusive a ação de habeas corpus* e representação aos órgãos competentes; **e)** comunicação com o mundo exterior mediante informação e expressão por correspondência escrita e de todos os meios modernos de comunicação; **f)** *ao transporte em condições condignas*. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou através da Resolução nº 2/2012, normas para buscar coibir o *transporte* das pessoas privadas de liberdade, destacando-se: **a.** é proibido o transporte de pessoas presas ou internadas em condições ou situações que lhes causem sofrimentos físicos e morais, diante da responsabilidade administrativa, civil e criminal; **b.** é proibida a utilização de veículos com compartimentos de proporções reduzidas, deficiente ventilação, ausência de luminosidade ou inadequado condicionamento térmico ou que, de qualquer outro modo, as sujeitem a sofrimentos físicos ou morais; **c.** os procedimentos de colocação e retirada dos veículos de transporte sem atender à sua individualidade, integridade física e dignidade moral; **d.** são vedadas a utilização dos veículos de transporte como instalações de custódia e manutenção, por período superior ao estritamente necessário para o deslocamento; **e.** em caso de deslocamento, deve ser resguardada dos insultos, curiosidades geral e de qualquer forma de sensacionalismo; **f.** o transporte deve atender as normas de separação de categorias de pessoas privadas de liberdade, de acordo com a sua condição pessoal; **g.** deverá ser fornecida água potável e alimentação e o acesso sanitário con-

siderado o tempo de duração do trajeto e da distância percorrida; **h.** no deslocamento de *mulher*, à escolta será integrada, pelo menos, por uma policial ou servidora pública, cabendo-lhe a revista pessoal; **i.** devem ser destinados *cuidados especiais* à pessoa idosa, gestante, com deficiência, acometida de doença ou que necessite de tratamento médico.

18. A Constituição do estado do Rio de Janeiro, em seu art. 29, expressa taxativamente que “Todo cidadão, preso por pequeno delito, e considerado réu primário, não poderá ocupar cela com presos de alta periculosidade ou já condenados”.

19. Os *direitos da pessoa privada de liberdade* podem ser *suspensos* ou *restringidos* por ato motivado do diretor do estabelecimento em caso concreto, constituindo-se em *sanção de natureza administrativa penitenciária*, em que se observam: **a)** *proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação*; **b)** *visita do cônjuge, da companheira (de convivente), de parentes e amigos em dias determinados*. A família é relevante para o eixo de sustentabilidade da execução, através da manutenção e fortalecimento de sua relação no processo de amparo e socialização do apenado, custodiado ou internado. É a “*família-refúgio*”, no dizer de Pierre Suralt, em “*Les transformations du modèle familial et de ses fonctions sócio-économiques*”, porque a sociedade se tornou cada vez mais agressiva e só na família o indivíduo pode refugiar-se. Cogita-se do direito do apenado ao contato com a família. O art. 38 do Código Penal determina que a pessoa condenada preserve *todos* os direitos que *não* forem restringidos na decisão judicial. O contato com a família é extremamente importante, razão pela qual é atribuição do estado *estimular o vínculo afetivo*.

20. No estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 7.010/2015, que regula sobre o *sistema de revista de visitantes nos estabelecimentos penais*, dispõe que: **a.** todo visitante que ingressar no estabelecimento prisional será submetido à revista mecânica para a qual é *proibido* o procedimento de *revista manual*; **b.** o procedimento de *revista mecânica* é padrão e deve ser executado através da utilização de equipamentos necessários e capazes de garantir a segurança do estabelecimento penal, tais como detectores de metais, aparelhos de raios-X, entre outras tecnologias que preservem

a integridade física, psicológica e moral do revistado; **c.** ficam dispensados da *revista mecânica* as gestantes e os portadores de marcapassos; **d.** fica proibida, no âmbito das unidades prisionais do estado do Rio de Janeiro, a *revista íntima* (inspeção corporal, que obriga o visitante a despir-se, parcial ou totalmente, efetuada visual ou manualmente, inclusive com auxílio de instrumentos); **e.** admitir-se-á, excepcionalmente, a realização de *revista manual* em caso de fundada suspeita de que o visitante traga consigo objetos, produtos ou substâncias cuja entrada seja proibida por lei e/ou exponha a risco a segurança do estabelecimento prisional; **f.** após a visita, o preso poderá ser submetido, excepcionalmente, à busca pessoal. Destaca-se a Portaria nº 122/2007, do Departamento Penitenciário Prisional, no que pertine ao tema: **a.** visitas, no mínimo, semanais; **b.** três visitantes por preso, previamente cadastrados (prazo de 10 dias); **c.** duração de três horas; **d.** os presos submetidos à internação médica poderão receber visitas a depender das regras do hospital onde se encontrarem; **e.** o preso permanecerá *sem* algemas no curso da visita. No que concerne à *visita íntima*, o relacionamento sexual consentido nas unidades prisionais *não* se constitui em uma “dádiva” concedida pela administração, diante do “bom comportamento carcerário”. É um *direito* assegurado, em ambiente reservado, garantida a privacidade dos parceiros. A *suspensão* só será admitida nas hipóteses de infração disciplinar *relacionada* ao seu exercício. A Constituição do estado do Rio de Janeiro prevê em seu art. 27 o *direito* à visita íntima (“O Estado garantirá a dignidade e a integridade física e moral dos presos, facultando-lhes assistência espiritual, assegurando o direito de visita e de encontro íntimo a ambos os sexos”).

21. O cumprimento do exercício dos *direitos* e a fiscalização dos *deveres* da pessoa privada de liberdade constituem “*dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*” e, da *omissão administrativa*, cabe representação intervencionista, diante do *princípio da supremacia da constituição*, para garantir o mínimo de dignidade e proteção desse grupo minoritário. ❖

Guarda Compartilhada.

O princípio da igualdade dos cônjuges na inteligência do inciso V do artigo 1.634 do Código Civil

André Felipe A. C. Tredinnick

Juiz de Direito do TJERJ, Titular da 1ª Vara de Família da Regional da Leopoldina, Membro da AJD, Membro do IBDFAM e Membro da LEAP.

1. CONCEITO, GÊNESE E POSICIONAMENTO JURÍDICO DA QUESTÃO

O termo “guarda” é empregado em nosso direito para designar o feixe de relações nas quais os pais têm o dever de conviver, cuidar e manter os seus filhos em um ambiente afetivo até que atinjam a idade adulta.

Enquanto o casal mantém a relação conjugal, a guarda é exercida juridicamente por ambos¹. Na separação parental, a regra é que a guarda dos filhos permanecerá no espectro dos deveres e obrigações de ambos, em um patamar de corresponsabilidade e diálogo, modalidade que inova em nosso sistema².

¹ Código Civil: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos;”

² Código Civil: “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)”.

Daí que podemos definir a guarda compartilhada como forma do exercício da guarda dos filhos do casal pela qual ambos os pais detêm a representação legal dos filhos e têm de tomar decisões conjuntas sobre o destino dos mesmos, de modo a permitir que os filhos usufruam ampla convivência com seus genitores.

Na guarda compartilhada será observada a divisão equilibrada do tempo de convivência dos filhos com os pais (artigo 1.583, § 2º do CC), sempre com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente³.

Aos que apresentam objeções à nova regra, deve-se observar que a guarda compartilhada representa um avanço na permanência da figura do “casal parental”⁴, que não se desfaz para os filhos com a ruptura da relação matrimonial ou de convivência.

Ainda que um dos genitores rejeite a solução, na hipótese de os pais se encontrarem em um estado de beligerância⁵, a guarda compartilhada não será obstaculizada, quando deverá corresponder o princípio da maximização dos contatos com o outro genitor⁶.

No sistema anterior, ao término da relação conjugal ou de convivência, a guarda dos filhos do casal seria atribuída ao cônjuge a quem fosse legada a sua custódia, cabendo ao outro cônjuge supervisionar tal situação, e se fazer presente na vida dos filhos pela visitação.

A regra anterior da livre escolha dos cônjuges⁷ redundava em condição emocionalmente prejudicial aos filhos⁸, na medida em que o término

3 Conforme artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto 79.910/1.990): “1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.” A norma encontra-se em nossa Constituição Federal no artigo 22: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”. O melhor interesse possui relação com o bem-estar da criança e do adolescente, e implica no auxílio não-material aos filhos, pela acolhida, imposição saudável de limites, afeto, qualidade de tempo de convívio de modo a permitir o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

4 Como sucedâneo do “casal conjugal” ou “casal matrimonial”. Note-se, de todo modo, as dificuldades relacionadas a transição desses estados: cf. “**Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**”. De Analicia Martins de Sousa. Cortez Editora. Porto Alegre, 2010.

5 Artigo 1.584, § 2º, do Código Civil.

6 Cfr. a propósito, no sistema de Quebec (Canadá), para maior compreensão das dificuldades que podem decorrer da guarda compartilhada e as soluções daquele sistema: “*La garde partagée: de la légende urbaine à la réalité.*”, de Michel Tétrault, disponível em <http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2004/legende.pdf>, acesso em 20/07/2015 às 23h03.

7 Redação original do Código Civil de 2002: “Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.” Com o advento da Lei 11.698/2008 passa a ter a seguinte redação: “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.”

8 No estudo publicado no *Scandinavian Journal of Psychology* (2014, 55, 433-439) intitulado “*Mental health in Swedish children living in joint physical custody and their parents’ life satisfaction: a cross-sectional study.*” Bergström et. all. con-

da sociedade parental implicava que um dos cônjuges assumiria toda a responsabilidade pela guarda e o outro seria aliado dessa relação, relegado à condição de mero visitador dos filhos.

Hoje a situação é diversa. Após o advento da Lei n. 11.698/2008, encerrada a relação conjugal ou de convivência, os filhos passaram a ficar em regime de guarda compartilhada, exceto se um dos pais recusar tal modalidade de guarda⁹, quando a mesma será atribuída unilateralmente ao outro cônjuge.

A guarda compartilhada implica assunção não de alternância de períodos de moradia dos filhos entre os cônjuges, quando haveria a situação da “guarda alternada”.

Na guarda compartilhada há um parâmetro de corresponsabilidade na guarda dos filhos pelo casal separado¹⁰, com a necessária fixação de um “domicílio de referência”¹¹ e a tomada de decisões conjuntas para questões de elevada significação para a vida da criança ou do adolescente, sempre observando o melhor interesse deles, como princípio de razoabilidade decorrente do necessário “diálogo entre os pais”¹².

A inovação legislativa decorre da alteração da concepção patriarcal de família vigente no sistema anterior para observar o direito fundamental à igualdade entre os cônjuges¹³.

A igualdade de direitos entre cônjuges decorre do texto do Preâmbulo¹⁴ e artigo XIV¹⁵ da Declaração Internacional de Direitos Humanos de

cluíram que as crianças e adolescentes em guarda compartilhada possuem melhor saúde mental do que crianças em guarda unilateral (acesso em 15/07/2015 às 21h43, disponível em <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25040954>).

9 “Artigo 1.584 § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”

10 “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua ([art. 1.584, § 5º](#)) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”

11 Artigo 1.583, § 3º: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. ([Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014](#)).”

12 O Código Civil alemão (BGB), na sua seção 1.626, 3: “Em regra, os melhores interesses da criança abarcam o contato entre ambos os pais. (...)”

13 “O aumento da guarda compartilhada foi atribuído ao aumento da igualdade entre os gêneros na parentalidade, que por sua vez está relacionada ao aumento da participação feminina na força de trabalho” (Juby, Bourdais & Gratton, 2005 in “Mental...”, cf. Nota 8 supra).

14 “Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,”

15 “Artigo XVI 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião,

1948¹⁶, do artigo 3º do Pacto Interamericano de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP)¹⁷, do artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979, dos artigos 1º, III¹⁸, 3º IV¹⁹, 5º, I²⁰ e 226, § 5º²¹, da Constituição da República de 1988 e do artigo 1.511²² do Código Civil de 2002 e do artigo 21²³ da Lei 8.069/90, (o Estatuto da Criança e do Adolescente), modificando semanticamente (e teleologicamente) a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”.

Não se deve imaginar o conceito de poder como sinônimo de autoridade, detenção ou subjugação, preocupação que adotou o legislador português na alteração empregada na expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais” (Lei 61/2008). Deve ser entendido como possibilidade de maximização do afeto mútuo, da transmissão de conhecimento, da imposição dialógica de limites, para a construção saudável da relação parental.

O exercício do poder não baseado no autoritarismo implica o aumento da responsabilidade dos seus titulares, sempre em vista o supremo e melhor interesse das crianças e adolescentes.

Melhor interesse que não deve ser relegado a um mero “conceito jurídico indeterminado”, a ser concretizado no julgamento, posto que

têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.”

16 Adotada e proclamada pela Resolução n. 217A, da III Assembleia Geral das Nações Unidas de 10.12.1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.

17 “Artigo 3º. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos cívicos e políticos enunciados no presente Pacto.”

18 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;”

19 “Art. 3º 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.”

20 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

21 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI n. 4.277-DF e da ADPF n. 132-RJ em 05/05/2.011 entendeu como entidade familiar aquela formada por qualquer dos cônjuges e inclusive por pessoas do mesmo sexo, e esclareceu que “a referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do artigo 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas.”

22 “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

23 “Art. 21. O pátrio poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.” (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009).

este diz respeito ao direito de conviver de forma saudável com seus pais, e, não sendo possível, à busca de serena estabilidade de sua vida, a um saudável desenvolvimento psíquico-emocional.

Nesse sentido, SOTTOMAYOR: “O objectivo das decisões de regulação do poder paternal não é igualizar os direitos dos pais, mas proteger o interesse do menor, entendido com a estabilidade da sua vida e o seu equilíbrio emocional. Ordenar direitos de visita contra a vontade dos adolescentes ou em detrimento da saúde psíquica do menor é levar longe demais a intervenção do Estado na família.”²⁴.

No mesmo sentido, CARDOSO²⁵: “o poder familiar, cujo escopo diz respeito à proteção do menor e não à satisfação dos interesses dos pais (...) caracteriza-se, portanto, como uma *potestà*.” (...) que “constitui um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever”, cujo fundamento consiste precisamente no dever de exercê-la. Mas o exercício “não é livre, arbitrário”, condiciona-se ao interesse do terceiro a quem se institui a relação”, citando o artigo 98, II da Lei 8.069/90, que veda expressamente o abuso.

Em síntese: o “melhor interesse” da criança e do adolescente sempre corresponderá ao produto do diálogo permanente entre os genitores, ao direito da criança à convivência familiar e ao seu saudável desenvolvimento psico-emocional.

A guarda compartilhada, assim, na atual formulação do Código Civil brasileiro, encontra a redação que lhe foi dada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, em vigor desde o dia seguinte a sua edição, dando nova redação aos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei 10.406 de 2002, o Código Civil.

A modificação representa o que podemos chamar do produto de um “Poder Legislativo reativo”: um Poder Legislativo que reage ao que compreende como interpretação deficiente ou refratária do Poder Judiciário à edição de suas leis ou de atos típicos do Poder Legislativo.

Lembremos que a guarda compartilhada foi introduzida na nossa legislação pela Lei 11.698/2008.

Na justificativa do projeto de Lei original n. 1.009 de 2011, mais tarde projeto de Lei n. 117 de 2013 (que daria origem à Lei 13.058/2014),

²⁴ Prefácio à terceira edição, SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio”, Coimbra, 2014, Livraria Almedina.

²⁵ CARDOSO, Vladimir Mucury. “O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional”, in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

o parlamentar deixa manifesto que o mesmo se destinava a dar “*maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada*”, tal como havia editado pela Lei 11.698/2008 que introduziu no artigo 1.584 um § 2º²⁶ do Código Civil de 2002.

Isso por conta do parágrafo segundo do artigo 1.584 do Código Civil em sua redação dada pela Lei 11.698/2008, que dizia que “*Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.*”²⁷ (grifei).

A expressão fazia crer que a guarda compartilhada não era a regra a ser adotada na regulamentação da situação dos filhos menores do casal após o término da relação matrimonial ou de convivência entre ambos.

Na falta de uma interpretação favorável à guarda compartilhada, optou o legislador pela redação atual dada pela Lei 13.058/2014.

2. A QUESTÃO DE GÊNERO NA GUARDA DOS FILHOS DO CASAL

A igualdade entre homem e mulher, igualdade formal, fruto das liberdades estabelecidas nos direitos fundamentais inseridos nas Constituições das democracias liberais ocidentais, não corresponde à realidade.

Segundo dados do IBGE de 2.011²⁸, antes, portanto, da modificação legislativa de 2014, apesar de ter dobrado o número das guardas compartilhadas, essa representava apenas 5,4% do total de guardas, sendo que em 87,6% dos casos a guarda é conferida unilateralmente à mãe.

Tais dados são alarmantes, quando confrontados com dados de países capitalistas *classless* e com ínfima exclusão social, como a Suécia, na qual pesquisa de 2011 do seu governo indica que entre 30% e 40% das guardas após a separação parental são compartilhadas²⁹.

26 “§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.” (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

27 Na redação anterior: “Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.” Na redação atual: “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

28 Acesso em 21/06/2015, às 12:49- <http://censo2010.ibge.gov.br/pt/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2294-&busca=1&t=registro-civil-2011-taxa-divorcios-cresce-45-6-um-ano>.

29 Cf. nota 8 supra.

Ainda de acordo com a mesma pesquisa do IBGE em penúltimo lugar no território nacional constava o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 2,8% das guardas compartilhadas estabelecidas no território nacional.

Na análise desses dados, há a necessária constatação de que a igualdade de gêneros não é observada nesse caso, como em muitos outros. A democracia liberal estatui em suas cartas de direitos diversas liberdades e garantias fundamentais que são sistematicamente negadas na prática.

A título de exemplo, estudo de 2009 do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID ou IDB no acrônimo inglês)³⁰ demonstra que mulheres ganham até menos 30% que homens nos empregos no Brasil (nos demais países da América Latina, como na Bolívia, a diferença é significativamente menor), e mesmo que tenham a mesma idade e mesma formação acadêmica, ainda ganham menos 17% que os homens. A situação é agravada se a mulher é afrodescendente ou indígena.

Quando se fala em violência contra a mulher no mundo, e na América Latina em particular, o assunto é tratado como uma pandemia: a mulher é vítima por excelência³¹.

É preciso reavaliar e repensar a questão da igualdade de gênero.

As democracias liberais promoveram de forma precipuamente reativa a alteração de estatutos, superando parcialmente³² privilégios de classe típicos da aristocracia, para atender aos anseios da emergente burguesia.

O discurso de igualdade de gênero, contudo, passou a ser adotado a partir do século XX³³, e ainda com mais força após a II Guerra Mundial, em razão da presença maciça da mulher como força de trabalho e seu impacto significativo na mão-de-obra das nações.

30 "New Century, Old Disparities: Gender and Ethnic Wage Gaps in Latin America", escrito pelos economistas do BID Hugo Ñopo, Juan Pablo Atal e Natalia Winder, acessível em <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=2208929>.

31 Como no relatório da Organização Panamericana da Saúde: "Violência Contra a Mulher na América Latina e no Caribe", acesso em 01 de julho de 2.105, às 19h34: [file:///C:/Users/User/Downloads/Violence1.24-WEB-25-febre-ro-2014%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Violence1.24-WEB-25-febre-ro-2014%20(1).pdf).

32 Na Revolução Francesa não houve abolição do direito de propriedade da aristocracia, nem a isenção de impostos, *et cetera*.

33 O direito de voto da mulher, adotado apenas na Constituição de 1934, o Estatuto da Mulher Casada, de 1962, que excluiu a mulher casada do rol dos relativamente incapazes do Código Civil, mas manteve o marido como chefe da sociedade conjugal, entre outras restrições.

Melhor seria uma redação que afirmasse a diferença, reconhecendo a discriminação sofrida e a rechaçasse, como diz BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS: “As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”³⁴.

A Convenção Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979³⁵ que naturalmente foi ratificada pela República em 1984, caracteriza a discriminação como qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada em sexo, que prejudique ou anule o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos fundamentais, baseada na igualdade da mulher com o homem.

Logo, não poderá haver qualquer interpretação de norma legal que implique, para a mulher, já objeto de discriminação milenar, negação ou redução de qualquer espécie de direitos.

Note-se que a matéria já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça: “1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.” (STJ, Resp. n. 1428596/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25/06/2014).

De forma clara: a legislação busca eliminar a figura da guarda unilateral materna como regra, e é nesse sentido que deve caminhar a interpretação dos operadores do Direito³⁶.

34 Citado por BARROSO, Luis Roberto, in “DIFERENTES, MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL” (acessível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/homoafetivas_parecer.pdf).

35 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (1979) Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 - ratificada pelo Brasil em 01.02.1984: “Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, a expressão „discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (...) Artigo 10 - Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres: (...) c) a eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino, mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino;”

36 E.g., na apelação cível n. 58.917/2014 do TJMA estabeleceu a guarda compartilhada em hipótese de disputa de guarda, independente de quem exerça a “custódia física em determinado momento.”

3. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.634, V, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.406/2014

Os princípios analisados anteriormente, a igualdade formal da democracia liberal, confrontada com a desigualdade fática da mulher na sociedade ocidental, permitem consolidar uma hermenêutica que leve a concretizar o direito fundamental da igualdade entre os cônjuges na interpretação de toda legislação infraconstitucional.

Na redação original do Código Civil de 2002, o legislador limitou-se a repetir no artigo 1.634, que tratava do “Pátrio Poder Quanto à Guarda dos Filhos” (Seção II), dispositivo do Código de 1916³⁷:

“Artigo 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;”

Analisaremos então a nova redação do artigo 1.634³⁸ do Código Civil, no que diz respeito ao seu inciso V, pelo potencial equívoco que se cometerá em uma leitura descontextualizada ou apartada dos topoi da igualdade entre os cônjuges e direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Localizando-se topograficamente o dispositivo no Código Civil de 2002, verifica-se que esse se encontra na Seção II, que trata do “Exercício do Poder Familiar”, no Capítulo V “Do Poder Familiar” do Subtítulo II (“das Relações de Parentesco”), do Livro IV (“Do Direito de Família”) do Código Civil.

Já o tema “proteção da pessoa dos filhos” está no Capítulo XI, pertence a outro Subtítulo, o de número I, que trata “Do Casamento”, subdivisão do Título I (“Do Direito Pessoal”) do mesmo Livro IV (“Do Direito de Família”) no qual se encontram os artigos 1.583 e 1.584, objeto da modificação citada, para estabelecer a regra da guarda compartilhada.

Desse modo, o artigo 1.634, V regula relação de parentesco e os artigos 1.583 e 1.584 tratam de disposições atinentes ao término da relação conjugal ou de convivência.

³⁷ A redação original do CC de 2002: “Artigo 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: V- Representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;”. Idêntica redação era o artigo 384, V, do CC de 1916.

³⁸ “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;”

Afirmamos assim, e com vistas às exposições de motivos dos projetos³⁹ que deram origem à Lei 13.058 de 2014, que o inciso V do artigo 1.634 destina-se a tratar de mudanças próprias dos filhos crianças ou adolescentes. De forma clara: os filhos crianças ou adolescentes só podem mudar de domicílio com autorização dos pais, jamais podendo dizer quanto à autorização para o cônjuge residir em outro domicílio em caráter definitivo.

Corroborando tal entendimento a nova redação do 1.584, também alterada pela Lei 13.058, de 2014:

“§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.”

Interpretando de forma sistemática tais dispositivos, vê-se com clareza que não está (e nem poderia estar) vedada a alteração de residência (morada) dos filhos do casal, e, na disputa, será considerado o melhor interesse dos menores.

Quid inde? Como proceder diante da mudança de domicílio anunciada pelo cônjuge com o qual os filhos do casal passaram a ter morada, diante da guarda compartilhada ou unilateral?

Em primeiro lugar, é preciso reiterar que o dispositivo do inciso V do artigo 1.634 do Código Civil não exige o consentimento do ex-cônjuge ou ex-convivente para a mudança de domicílio do outro que se encontre com a custódia física dos filhos comuns ou com quem tenha sido atribuído o domicílio dos filhos.

Considerando o imenso arcabouço fático que faz com que a residência dos filhos com a mãe seja na prática uma regra (a ser superada), exigir autorização do pai para a mudança de domicílio implicaria subjugar a mulher à vontade do homem.

Se o fizesse, incidiria em retumbante inconstitucionalidade, pela violação do artigo 5º, I c/c 226, § 5º da Constituição da República, e por violação do artigo 10 da Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação da Mulher de 1979, nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição da República.

Em segundo lugar, a questão deverá ser analisada pela teoria do abuso do direito, prevista ainda que em delineamento que carece de aperfeiçoamento, no artigo 188, I, do Código Civil, que manteve o instituto como “exercício irregular de uma faculdade jurídica”⁴⁰, para ampliar seu alcance além do mero ato ilícito no artigo 187 do Código Civil.

39 Projeto de lei da Câmara n. 117/2013, n. 1.009/2011, na Casa de origem.

40 CARDOSO, Vladimir Mucury. “O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional”, in **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Em perfeita harmonia com o que se defende, a Lei n. 12.318/2010, que trata da alienação parental, é clara ao descrever a mudança de domicílio de forma abusiva (*rectius*: sem motivo, sem justificativa) como hipótese nela prevista (artigo 2º, VII).⁴¹

Em conclusão, na extinção da relação conjugal ou de convivência, não existe restrição a mudança de domicílio do cônjuge com quem tiverem morada os filhos do casal, sempre estabelecida no melhor interesse das crianças e adolescentes, em qualquer modalidade de guarda que se adote, podendo o abuso do direito ser analisado no caso concreto e também à luz da lei de alienação parental.

Em hipóteses assim, deverá por certo o genitor ou genitora com quem os filhos do casal passem a residir se sujeitar a regras que permitam o amplo exercício da convivência daqueles com aquele pai ou mãe com quem não residam, ampliando-se o período de férias, feriados prolongados e contato por meios eletrônicos, de modo a atender ao direito a convivência com ambos os pais, nos termos da Convenção Sobre os Direitos das Crianças⁴². ❖

41 “Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

42 Editado na ordem jurídica interna pelo Decreto n. 99.710/1990.: “Artigo 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (...) Artigo 9.1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. 2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões. 3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. Artigo 10.1. De acordo com a obrigação dos Estados Partes estipulada no parágrafo 1 do Artigo 9, toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte com vistas à reunião da família, deverá ser atendida pelos Estados Partes de forma positiva, humanitária e rápida. Os Estados Partes assegurarão, ainda, que a apresentação de tal solicitação não acarretará consequências adversas para os solicitantes ou para seus familiares. 2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção.”

Estabilização da Demanda e Possibilidade de Alteração da Causa de Pedir e do Pedido até a Sentença

Daniel Vianna Vargas

Juiz de Direito TJERJ.

*Mestre em Direito - Universidade de Barcelona (UB) e
Universidade Pompeu Fabra (UPF).*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo parte da análise da estabilização da demanda e eventual modificação de seu regime diante da redação dos dispositivos pertinentes na novel legislação processual. Cuida-se de ponderar acerca de uma maior elasticidade das partes e/ou do juiz para modificação da demanda – partes, pedido e causa de pedir – e até que momento.

2. PROBLEMA NO CPC/73

À luz da legislação processual ainda em vigor, possível vislumbrar claramente as possibilidades postas, a saber: direito potestativo do autor na modificação ampla até a citação; direito potestativo do réu em aceitar a modificação após sua convocação ao processo e até o saneamento; e, por fim, vedação categórica de alteração após o saneamento do feito.

Reina a discussão, por óbvio, sobre algumas situações correlatas, tais como a possibilidade de modificação do polo passivo pelo autor até a citação (prática percebida com mais frequência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis); possibilidade de modificação em caso de recusa injustificada pelo réu; e, possibilidade de modificação da demanda pelo órgão jurisdicional sem provocação das partes.

Por mais excêntrica que possa parecer esta última hipótese, a prática denota sua aceitação, *v.g.*, nos casos em que constatada a impossibilidade de concessão da tutela específica pleiteada no curso do processo de conhecimento e, em exercício de técnica de julgamento e não de efetivação, o julgador concede tutela pelo resultado prático equivalente ou perdas e danos. Nada mais significa a hipótese do que modificação da demanda *ex officio*, uma vez que o pedido do autor restringiu-se à tutela específica. Se tal prática viola ou não o princípio do dispositivo e da congruência são temas para outro estudo, principalmente após a positivação do princípio da não surpresa (art. 10 do novo CPC), bem como da redação do novo artigo 497 do CPC .

Delineada a questão sob a égide do CPC/73, importa estabelecer o regramento no novo diploma.

3. PROBLEMA NO NOVO CPC

De entrada, percebemos a possibilidade de modificação subjetiva da demanda, seja qualitativa, seja quantitativamente.

O art. 338 do novo CPC prevê que nos casos em que o réu sustentar sua ilegitimidade ou irresponsabilidade (ao largo de eventuais críticas quanto aos termos empregados), surge direito potestativo do autor para a sucessão processual ou inclusão do terceiro apontado no polo passivo da demanda, em litisconsórcio com o réu originário. Nova rotulagem da nomeação à autoria que ganha status de modificação subjetiva ordinária da demanda, nos casos em que o autor optar pela sucessão processual.

Nesse ponto, em particular, defendemos que, alegando o réu sua ilegitimidade, surge para o autor possibilidade de desistência da ação, mesmo sem a concordância do réu – em hipótese de exceção à regra geral da necessidade de consenso após angularizada a relação.

Ressalte-se, ainda, a hipótese de ampliação subjetiva da demanda na reconvenção, expressamente admitida pelo novo CPC no art. 343, §§ 3º e 4º.

Aproximando-nos do tema central objeto destas linhas, importa investigar o teor do art. 329 do novo CPC e sua distinção ao disposto no art. 264 do CPC/73.

Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

A primeira diferença que se aponta é o prazo mínimo para que se oportunize ao réu a manifestação quanto ao requerimento de modificação objetiva da demanda pelo autor. Todavia, esta alteração é a que apresenta menores problemas.

O que efetivamente impõe análise detida é o silêncio do legislador no que diz respeito à vedação constante do parágrafo único do art. 264 do CPC/73. Ao não repetir a proibição, estaria o legislador permitindo, em alguma hipótese, a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo? Em caso afirmativo, essa alteração poderia ser feita pelo autor, pelas partes em conjunto ou, ainda, pelo juiz? Questões que passamos a discorrer, respeitados os limites impostos pela natureza da publicação.

4. ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

A questão da estabilização da demanda sempre teve como fundamento a segurança jurídica vinculada ao princípio da correlação desde a

inicial, passando pelo exercício do contraditório e alcançando ápice nos limites objetivos da coisa julgada.

Entendemos necessário um enfoque um pouco distinto, perquirindo se – caso possível a modificação da demanda – a segurança jurídica estaria realmente em risco num ordenamento jurídico constitucional onde o acesso à Justiça e a imperiosa efetividade da própria jurisdição são princípios basilares.

Como premissa, partimos da opção pela teoria substancial do processo, corrente que considera a finalidade do processo – ao menos em seu aspecto cognitivo – a busca da solução da controvérsia¹ para a realização dos direitos subjetivos.

Conforme ensina Dinamarco², a Constituição realiza a tutela do processo através de direitos e garantias para este. Simultaneamente, o processo também irá tutelar a Lei Maior, uma vez que será responsável pela obtenção da efetividade das normas constitucionais.

Nessa toada, aponta Álvoro de Oliveira³, vislumbra-se o processo como direito constitucional aplicado – não se trata apenas de conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.

Extrai-se do art. 5º, XXXV da Constituição da República a consagração do direito de ação. O mandamento obsta que o legislador restrinja o acesso à ordem jurídica, impondo, por outro lado, ao juiz o dever de prestar a jurisdição. A leitura desses princípios resulta na garantia de amplo acesso ao ordenamento justo e no dever do julgador de garantir a tutela efetiva a quem detenha uma posição jurídica de vantagem (Humberto Dalla). O acesso à Justiça significa, portanto, direito a uma prestação jurisdicional justa.

Nas palavras de Taruffo⁴, são critérios para aferição de uma prestação justa: a) a correta escolha e interpretação da regra jurídica aplicada ao

1 *De acuerdo con la primera de estas dos perspectivas, es decir, la teoria sustancial, la finalidad del proceso en general, y especialmente del proceso de conocimiento, es la solución de la controvérsia, mientras que de acuerdo con la teoria procesal, la finalidad del proceso es la aplicación del Derecho.* (ALLORIO, Enrico, **La cosa juzgada frente a terceros**, p. 16, Marcial Pons, 2014).

2 DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**. V. I, 5ª ed. Malheiros, 2005, p. 208-209.

3 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. AJURIS, Porto Alegre, v. 29, n. 87, p. 37-49, set. 2002.

4 TARUFFO, Michele. *"Idee per una teoria della decisione giusta"*. **Sui cofine: Scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224.

caso; b) a avaliação confiável dos fatos relevantes da demanda; c) emprego de um procedimento válido e justo para atingir a decisão.

A interpretação da regra deve ser de acordo com a efetividade da prestação jurisdicional, objetivando obter do processo tudo aquilo que é possível para conformação da resolução do litígio à realidade fática subjacente.

Tanto na visão publicista do processo, quanto na privatista, é possível a interpretação conforme a efetividade, tendo como norte a tutela jurisdicional justa e efetiva.

O novo Código de Processo Civil tem como um dos seus objetivos a tutela jurisdicional posta em tais parâmetros – ainda que em detrimento da celeridade. Ao conferir ao magistrado maiores poderes na condução do processo, permite que o mesmo adapte o método ao conflito de interesses deduzido, com maior probabilidade de tutela jurisdicional adequada. Por outro lado, ao permitir uma maior influência da autonomia das partes no processo, igualmente garante maior chance de resolução definitiva do conflito.

A visão publicista do processo é nitidamente vislumbrada no novo ordenamento processual, *v.g.*, na previsão de interpretação do pedido, na maior possibilidade probatória na hipótese de revelia e, principalmente, na positivação do princípio da adaptabilidade procedimental.

De outro giro, a visão privatista é claramente acolhida pelo negócio jurídico processual – cláusula geral do art. 190 e do art. 357, § 2º, ambos do novo CPC.

Da leitura constitucional do processo, infere-se que não é suficiente o acesso ao Judiciário, mas, sim, a um processo justo e efetivo. Somente a condução ativa do processo pelo juiz – interpretando e aplicando a norma conforme a efetividade, pode alcançar esse objetivo. Deve haver meios para que o julgamento da demanda se configure em correspondência mais estreita ao real conflito de interesses havido entre os jurisdicionados. Uma interpretação equivocada do princípio da estabilização da demanda pode impedir esse desiderato. Principalmente na realidade brasileira, restringir a prestação jurisdicional à delimitação da causa de pedir e do pedido fixada no momento da propositura da demanda – ou do saneamento – representa, em última análise, que a decisão enfrenta, na maioria das vezes, um conflito virtual, preso ao passado, dissociado do presente e da própria realidade. Basta mirar o tempo médio de duração dos processos em curso na primeira instância para se chegar a essa conclusão.

A possibilidade de adequação da configuração dos elementos da demanda fora das hipóteses do art. 329 do novo CPC para fins de prestação jurisdicional efetiva e justa é medida que se impõe para a garantia do acesso à Justiça.

O primeiro óbice que se poderia aventar em relação a tal prática, contudo, decorre da concepção do procedimento como questão de ordem pública, oriundo de norma cogente.

A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento de consenso. Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias (Niklas Luhmann)⁵.

A legitimação pelo procedimento em contraditório tem por escopo a isonomia entre as partes, permitindo paridade de armas para que possam influenciar na formação da decisão jurisdicional. Todavia, a análise tem de partir da premissa do contraditório útil, qual seja: aquele capaz de assegurar alguma posição de vantagem ao protegido. Nestes termos, afasta-se a valorização inócua e excessiva da forma. Nunca é demais lembrar que o procedimento – assim como o próprio processo – é instrumento para atingir a tutela do direito material.

Nesse âmbito, a exposição de motivos do novo CPC assinala que é objetivo do novo ordenamento “*criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa*”.

Forte nessa linha, o legislador traz positivado em seu art. 139 o princípio da adaptabilidade procedimental, *in verbis*:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

⁵ LUHMANN, Niklas, **Legitimação pelo procedimento**. E. UNB. “A função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis”.

O princípio – agora regra – da flexibilização procedimental permite a atuação jurisdicional da forma determinada pela própria Constituição. Adequando-se o procedimento e o processo à tutela do direito, chega-se ao espectro amplo pretendido do acesso à Justiça.

Ressalte-se que o projeto apresentado ao Senado (PLS 166) era bem mais amplo na concessão de poderes ao magistrado em termos de adaptação do procedimento às particularidades do caso concreto, tendo como objetivo retirar do procedimento todas as potencialidades para a justa resolução do conflito.

Sob essa óptica, não vemos qualquer óbice para a modificação da demanda em razão do devido processo legal e do procedimento. O julgador deverá trabalhar em juízo de ponderação, adotando o princípio da adaptabilidade, maximizando as garantias fundamentais do processo.

Torna-se factível, portanto, dinamizar o conceito de devido processo legal filtrado por seus próprios valores, admitindo, excepcionalmente, a modificação do pedido ou da causa de pedir após o saneamento. De igual sorte, admite-se a modificação após a citação, ainda que sem a concordância do réu.

Uma ressalva, porém, é necessária: sua aplicação deve respeito ilimitado ao contraditório, para fins legitimadores. A concepção do processo como método de resolução efetiva dos conflitos de interesses nos leva à aceitação da modificação da demanda. Permite-se às partes a manifestação concreta sobre todos os elementos relevantes para a atividade cognitiva, influenciando a solução do caso concreto, em sua nova configuração, após a modificação da demanda. Trata-se de aplicação prática do princípio da primazia da materialidade subjacente, com uma nova leitura dos princípios do dispositivo e inquisitivo – integrados – na busca por um processo justo. Por óbvio, não cabe ao juiz substituir a autonomia da vontade das partes. Entretanto, é dever do julgador zelar pelo adequado cumprimento das garantias constitucionais do processo – dentre elas e com preferência, a efetividade.

Dessa forma, ao verificar que a manutenção da demanda na forma posta pelas partes conduzirá inequivocamente a uma sentença injusta, é dever do juiz optar pela flexibilização do regime de modificação da demanda. Seja por iniciativa do autor, após a citação, em havendo recusa injustificada do réu, seja por convenção das partes após o saneamento,

ou, ainda, por iniciativa do próprio juiz. Neste caso, devem ser ouvidas as partes em oportunidade anterior.

No regime ordinário de modificação da demanda, presume-se a boa-fé do autor na modificação antes da citação. Após a citação, entretanto, tal presunção deixa de existir. Deverá o autor comprovar a necessidade de modificação para a conformação da demanda ao conflito de interesses. Trata-se de obediência à regra da proibição de comportamento contraditório e na tutela do princípio da confiança.

No que tange ao negócio jurídico processual, pelas mesmas razões já assinaladas, deve-se permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento por convenção das partes, salientando-se que o processo não é uma relação jurídica exclusivamente pública. O juízo de conveniência e oportunidade desse pleito pelo magistrado, na linha defendida por Leonardo Greco, nos termos previstos no parágrafo único do art. 190 do novo CPC, deve ter como parâmetros: a disponibilidade do próprio direito; o respeito ao equilíbrio das partes e à paridade de armas; e a observância dos princípios e das garantias fundamentais do processo.

A audiência de saneamento prevista no art. 357, § 3º, do novo CPC equivale à audiência de *trattazione* disposta no art. 183 do CPC italiano. No ato da *novella* permite-se expressamente às partes precisar ou modificar suas demandas e defesas. Não vemos razão para não compreendermos da mesma forma, relevando apontar novamente para as disposições gerais do código, precisamente o ambiente de trabalho erigido como regra pelo art. 6º do novo CPC .

Conforme o professor Humberto Dalla, *“É verdade, por outro lado, que o NCPC também traz, na linha do Direito Alemão, a previsão de diversas normas específicas que incorporam o espírito cooperativo no processo civil de forma mais concreta, sempre com o objetivo de conferir mais celeridade e eficácia ao exercício da jurisdição. Assim, por exemplo, o art. 10 do novo Código prevê que o Juiz, antes de proferir qualquer decisão, mesmo sobre questões que ele pode conhecer de ofício, deve dar às partes a oportunidade de se manifestarem sobre a matéria.”*⁶

Quanto à possibilidade de atuação de ofício pelo magistrado, cuida-se da propagada compreensão do juiz como participante ativo do contraditório na busca por efetividade e Justiça. O direito comparado é rico em

6 DALLA, Humberto, "A Cooperação no Novo Código de Processo Civil. Desafios para sua implementação". REDP, volume 15.

casuísticas positivadas nesse sentido, v.g.: art. 16 do CPC francês; art. 3º, 3 do CPC português; art. 183, § 3º do CPC italiano, art. 149 do CPC japonês; e § 139 do ZPO alemão.

Neste particular, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira menciona a legislação processual alemã, havendo permissão da modificação da demanda, ainda que não haja concordância do réu, desde que o juiz reconheça a utilidade para a causa. Lembra, ainda, o ordenamento processual austríaco, com idêntica autorização da modificação da demanda, em não havendo prejuízo ao andamento do processo.⁷

5. CONCLUSÃO

Para espancar qualquer dúvida de que a supressão do parágrafo único do atual art. 264 do CPC significou uma opção do legislador por um novo regime de modificação da demanda – ainda que através de um silêncio eloquente – remetemos, mais uma vez, à exposição de motivos do novo CPC:

As partes podem, até a sentença, modificar pedido e causa de pedir, desde que não haja ofensa ao contraditório. De cada processo, por esse método, se obtém tudo o que seja possível.

Conclui-se, portanto, que a efetividade e o acesso a uma prestação jurisdicional adequada são pedras de toque no novo ordenamento processual. A busca por uma sentença justa passa pela flexibilização do regime de modificação do pedido e da causa de pedir, devendo o magistrado analisar se a decisão realmente irá ao encontro da resolução do conflito de interesses atual. Em caso negativo, deve possibilitar a conformação da demanda ao caso concreto presente, ainda que em caso de recusa injustificada do réu, mesmo após o saneamento e na hipótese de inércia das partes. O respeito ao contraditório substancial, efetivo e paritético é medida indissociável. ❖

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella, **Novo CPC anotado**, 2015, ed. Saraiva.

7 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade e processo de conhecimento**, p. 61-62.

DIDIER JR. Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**, 17ª edição, 2015, volumes 1 e 2, editora Jus Podivm.

GRECO, Leonardo, **Instituições de Processo Civil**, volumes I e II, 3ª edição, 2015, ed. Forense.

IMHOF, Cristiano e outra, **Novo CPC comentado**, 2015, Lumen Juris.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, **Curso de Direito Processual Civil**, volume I, 56ª edição, 2015, ed. Forense.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos Rodrigues, **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Ed. GZ. 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros, **Breves Comentários ao Novo CPC**, 2015, editora RT.

Crime de Tortura - Estudo de Caso Concreto, com Análise Técnico-jurídica e Ponderações sobre a Diferença entre Tortura, Tratamento Desumano ou Cruel e Tratamento Degradante

Rodrigo José Meano Brito

Juiz de Direito do TJERJ

Crime de tortura (art. 1º, inciso II, da Lei nº 9.455/97) - solução da demanda que impõe ao Estado-Juiz a necessidade de estabelecer a **diferença técnico-jurídica entre tortura, tratamento desumano ou cruel e tratamento degradante**, na linha da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) como o primeiro órgão a definir o crime de tortura, distinguindo-o de “tratamento cruel”, “desumano” ou “degradante”, ao analisar o “Caso Grego” - *Greek Case*. **Neste caso específico, a Corte Europeia de Direitos Humanos definiu tortura como um tipo agravado de tratamento desumano, atribuído a alguém com finalidade específica.**

No caso concreto *sub judice*, o delito imputado ao acusado (tortura-castigo) **exige o elemento subjetivo diverso do dolo**, consubstanciado no **especial fim de agir**: “...como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.” – Ademais, todo ato de tortura pressupõe, necessaria-

mente, um ato desumano (ou cruel), mas a recíproca não é verdadeira, porquanto existem inúmeros atos desumanos ou cruéis e degradantes que não são caracterizados como atos de tortura. **Logo, a tortura é um ato cruel qualificado pelo especial fim de agir – elemento normativo não evidenciado nos autos.**

Assim, malgrado seja indiscutível e extremamente reprovável o tratamento desumano - os atos de crueldade perpetrados pelo acusado sem qualquer razão plausível, sem nenhuma motivação específica e como fruto da perniciosidade da mente humana -, **o fato é que não ficou comprovado nos autos, extreme de dúvidas, a real finalidade na prática das agressões, que resultaram em lesões de natureza leve**, não estando caracterizado, portanto, o elemento normativo exigido pelo tipo penal imputado na denúncia.

Laudo de exame de corpo de delito que **aponta lesão corporal de natureza leve, impondo-se a desclassificação do fato para o delito do art. 129, caput, do Código Penal;**

Trata-se de ação penal pública, na qual se imputa ao acusado a prática do injusto do artigo 1º, II e § 4º, II, da Lei 9.455/97, na forma do artigo 71 do Código Penal, em razão do fato narrado na denúncia de fls. 02/02B, que passa a fazer parte desta decisão.

Infere-se da prova oral produzida em juízo, corroborada pelos demais elementos de prova, que o ponto nodal para o deslinde da questão consiste em saber se os fatos narrados na denúncia se subsumem ao delito de tortura. Vejamos.

Inicialmente, cumpre registrar que a **Convenção das Nações Unidas (Nova Iorque, 1984)** contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes **define a tortura nos seguintes termos:**

*“Art. 1º. O termo tortura designa qualquer ato pelo qual **dores ou sofrimentos agudos**, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa **a fim de obter**, dela ou de terceira pessoa, **informações ou confissões; de castigá-la por ato***

que ela ou terceira pessoa tenha cometido; **de intimidar ou coagir** esta pessoa ou outras pessoas; **ou por qualquer motivo baseado em discriminação** de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos **são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas**, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.”

A **Convenção Interamericana (1985)** para prevenir e punir a tortura, define-a como “*todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, **com fins de** investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão compreendidas no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo*”.

Já a **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)** estabelece em seu **art. 5º, incisos III e XLIII**, respectivamente, que: “**ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante**; a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Com efeito, no âmbito infraconstitucional foi editada a Lei nº 9.455/97, que define o crime de tortura nos seguintes termos:

“Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. (grifei).

Observe-se que, ao contrário do que ocorre em outros países - onde a tortura foi tipificada como um crime especial, traduzindo-se num comportamento abusivo de poder no trato dos direitos fundamentais do cidadão, colocando em mira a conduta de funcionários públicos -, no Brasil a Lei nº 9.455/97, em regra, etiquetou a tortura como delito comum. Significa dizer: o crime pode ser praticado por qualquer pessoa (não exigindo qualidade ou condição especial do torturador).

Neste contexto normativo, impõe-se examinar qual é a diferença técnico-jurídica entre tortura, tratamento desumano ou cruel e tratamento degradante, aferindo-se, no caso concreto, se os fatos narrados na denúncia se subsumem ao tipo penal do art. 1º, inciso II, da Lei nº 9.455/97.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) foi o primeiro órgão a definir o crime de tortura, distinguindo-o de “tratamento cruel”, “desumano” ou “degradante” ao analisar o “Caso Grego” (*Greek Case - foi o primeiro caso examinado pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, no qual houve violação sistemática e disseminada aos direitos humanos, por regime ditatorial instalado*). Neste caso específico, a Corte Europeia de Direitos Humanos definiu tortura como um tipo agravado de tratamento desumano, atribuído a alguém com finalidade específica.

Destarte, para que se possa estabelecer a diferença, impõe-se fixar o ponto em comum entre a tortura, o tratamento desumano ou cruel e o tratamento degradante. Penso que o ponto de convergência está em submeter alguém, com emprego de violência e/ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico e/ou mental.

Na linha da jurisprudência europeia, em *Loayza Tamayo v. Peru* (Corte IDH nº 33, decisão de 17/09/1997, par. 57), a Corte Interamericana de Direitos Humanos constatou que “...a violação do direito à integridade física e psicológica das pessoas é uma violação que tem várias gradações

e engloba tratamentos que vão desde a tortura até outras formas de humilhação ou tratamento cruel, desumano e degradante, com vários graus de efeitos físicos e psicológicos causados por fatores endógenos e exógenos que devem ser provados em cada situação específica.”

O Comitê de Direitos Humanos tem afirmado que “O Pacto não contém nenhuma definição dos conceitos abordados no art. 7º, nem o Comitê considera necessário elaborar uma lista de atos proibidos ou estabelecer distinções rígidas entre os diferentes tipos de penas e tratamentos; **as distinções dependem da natureza, propósito e gravidade do tratamento aplicado.**” (Comentário Geral, artigo 7º - 44ª sessão, 1992), Compilação dos Comentários Gerais e das Recomendações Gerais adotadas por Órgãos de Tratados das Nações Unidas, U.N. Doc. HRI/GEN/1Rev.1 at30 (1994), par. 4.)

Nesta ordem de ideias, pode-se afirmar que a **primeira diferença** está na **natureza** e na **gradação do sofrimento** físico e/ou mental imposto à vítima. Há, portanto, uma escala crescente de imposição do sofrimento, sendo que a **tortura** está situada no ápice (intensidade alta); o **tratamento desumano** ou cruel localizado no ponto intermediário (intensidade média) e, por fim, o **tratamento degradante** na base (intensidade baixa).

A **segunda e, talvez, a principal diferença** se refere à **finalidade da conduta**. Isto porque, no ato de tortura o legislador não se contenta apenas com o dolo do agente, mas exige outro elemento subjetivo diverso do dolo, qual seja, **o especial fim de agir**.

Neste diapasão, a **tortura** se caracteriza por qualquer conduta pela qual se inflige à vítima **intenso sofrimento** físico ou mental, **com uma finalidade específica**: (a) para obter informação, declaração ou confissão; (b) provocar ação ou omissão de natureza criminosa; (c) em razão de discriminação racial ou religiosa; **(d) como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Destaque-se que esta última finalidade é a que consta tipificada na denúncia de fls. 02 (art. 1º, inciso II, da Lei nº 9.455/97).**

Tratamento desumano (ou cruel) também se caracteriza por qualquer conduta pela qual se inflige à vítima **intenso sofrimento** físico ou mental, **sem que tenha uma finalidade específica, sem que haja um propósito claro, sem que fique caracterizada uma motivação aparente.**

Por fim, entende-se por tratamento degradante aquela conduta que humilha e diminui a vítima diante dos olhos dos outros e dos próprios olhos, levando-a a agir contra sua consciência.

Portanto, neste contexto de ideias podemos afirmar que a finalidade da conduta se consubstancia no fator principal que distingue e diferencia tortura de tratamento desumano (ou cruel).

Ademais, todo ato de tortura pressupõe, necessariamente, um ato desumano (ou cruel), mas a recíproca não é verdadeira, porquanto existem inúmeros atos desumanos ou cruéis e degradantes que não são caracterizados como atos de tortura. **Logo, a tortura é um ato cruel qualificado pelo especial fim de agir.**

No caso sub examine, infere-se dos fatos narrados na denúncia e devidamente comprovados nos autos - pela prova oral produzida em juízo sob o crivo do contraditório, bem como em razão das imagens gravadas pela genitora da vítima em seu aparelho de telefone celular -, **que se afigura incontroverso nos autos os atos desumanos e cruéis praticados pelo acusado, de modo que ficou caracterizada a flagrante violação da integridade física e mental do ofendido.**

Neste sentido, cumpre registrar que o **laudo de exame de corpo de delito de fls. 34**, aponta a ocorrência de **lesões corporais de natureza leve**, eis que não resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias; não resultou em perigo de vida; não resultou debilidade permanente ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função, nos seguintes termos:

“Descrição: Apresenta área de escoriação de 10mm de diâmetro em face anterior de hálux esquerdo, ferida cortocortada em cicatrização em frente à direita e quimose violácea de 40 por 30 mm nos seus maiores eixos em lateral do pé esquerdo”.

Infere-se do conteúdo do laudo acima transcrito que, malgrado tenha ficado caracterizada a flagrante violação da integridade física do ofendido, **não há elementos de convicção contundentes a direcionar para a caracterização do crime de tortura, na medida em que não há certeza jurídico-processual sobre a real finalidade das agressões per-**

petradas. Qual seria o castigo pessoal ou a medida de caráter preventivo nesta hipótese?

Ora, registre-se que - segundo consta das declarações prestadas pela mãe do ofendido, corroborada pelo teor do interrogatório -, **o acusado mantinha com ela um relacionamento amoroso há apenas 01 (um) mês e alguns dias**.

Assim, embora tenha ficado comprovado nos autos que a conduta do acusado infligiu à vítima intenso sofrimento físico e mental, **reputo que os fatos se caracterizam como tratamento desumano ou cruel, mas não se subsumem ao tipo penal do art. 1º, inciso II, da Lei nº 9.455/97.**

Isto porque, malgrado seja indiscutível e extremamente reprovável o tratamento desumano - os atos de crueldade perpetrados pelo acusado sem qualquer razão plausível, sem nenhuma motivação específica e como fruto da perniciosidade da mente humana -, **o fato é que não ficou comprovado nos autos, extreme de dúvidas, a real finalidade na prática das agressões**, que resultaram em **lesões de natureza leve**, não estando caracterizado, portanto, o elemento normativo exigido pelo tipo penal imputado na denúncia.

Por todas as razões de fato e de direito acima elencadas, e considerando-se o teor do **laudo de exame de corpo de delito de fls. 34**, dando conta de que a vítima sofreu **lesões corporais de natureza leve**, impõe-se a desclassificação da conduta para o delito do art. 129, *caput*, do Código Penal. ❖

Violência de Gênero no Século XXI: A Pornografia de Vingança

Amirton Archanjo Morelli Junior

Bacharel em Psicologia pela Universidade Severino Sombra, acadêmico da Faculdade de Direito de Valença/RJ.

Flávia Sanna Leal de Meirelles

Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, professora de Direito Penal da EMERJ, de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito de Valença/RJ e de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.

O avanço desenfreado da tecnologia relacionada à informática desde um passado recente tem redesenhado o cenário mundial em inúmeros aspectos. A atual sociedade é global, permanentemente integrada por meio da Internet e possui características desafiadoras para os operadores do Direito. Conceitos clássicos de violência, criminalidade, distância e localização foram redefinidos a partir do momento em que a rede mundial de computadores alcançou o protagonismo que possui hoje em dia.

A situação desafiadora a que se fez referência não é privilégio da Internet. AUGUSTO MARCACINI¹ explica que “a história da humanidade se confunde com a própria história da tecnologia”, uma vez que, a cada momento histórico, as tecnologias disponíveis àquela época traçaram as relações humanas, a produção, o trabalho e as formas de poder que iriam reger a sociedade. O Direito, desde os primórdios da Revolução Industrial, procura atender à tarefa de acompanhar a evolução tecnológica, de forma a prestar à população a adequada proteção de seus valores. Não é uma empreitada fácil, pois o ritmo em que a tecnologia se aprimora sempre será mais acelerado do que as mudanças legislativas que buscam adaptação aos novos tempos.

¹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e tecnologia**. 1. Ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p. 6. (Coleção para entender direito; organizadores: Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe).

Ainda mais difícil é a tarefa do legislador que procura acompanhar a velocidade de evolução da atual tecnologia dominante. É cada vez mais certa a afirmativa de que nenhuma outra descoberta tecnológica jamais alcançou a proporção da Internet, em tempo algum. “Nunca se trocou tanta informação nesta sociedade que vive em rede”² e, como ocorre com todo e qualquer acontecimento, também este fato traz consigo uma carga de ônus.

Algumas desvantagens são verificadas a partir do momento em que a informação consegue alcançar o mundo inteiro em tempo real. O atentado terrorista às Torres Gêmeas de Nova York³ paralisou o mundo em frente aos meios de comunicação (rádio, televisão e Internet). Pessoas ao redor de todo o globo temeram pela paz mundial, em razão do fato de que as novas tecnologias trouxeram a violência para dentro de suas casas, no momento em que ela acontecia. Com a repetição de fatos semelhantes a este, estabeleceu-se o que ULRICH BECK⁴ chama de sociedade de risco, surgida como uma continuidade do processo de modernização responsável por reproduzir mundialmente as ameaças ocorridas em determinada localidade.

Não só de ônus vive a sociedade em rede. Se a propagação da informação em tempo real produz essa sensação de medo em larga escala, algumas vantagens também são percebidas em decorrência de tão avançado grau de desenvolvimento tecnológico. O fato de ter havido uma modificação no conceito de distância – a partir do estabelecimento do ambiente virtual, lugar que une e integra indivíduos onde quer que estejam – é responsável pelo compartilhamento dos problemas de determinada localidade com todo o mundo. Com isso, tem-se conseguido chamar a atenção de pessoas de todas as partes do planeta para as situações que afligem a humanidade, a exemplo do problema que figura como objeto do presente artigo: a violência de gênero.

2 GIARDELLI, Gil. **Você é o que você compartilha**: e-agora: como aproveitar as oportunidades de vida e trabalho na sociedade em rede. São Paulo: Editora Gente, 2012, p. 16.

3 Em 11 de setembro de 2001, houve uma série de ataques suicidas perpetrados contra os Estados Unidos sob a coordenação da organização fundamentalista islâmica al-Qaeda. Na cidade de Nova York, o complexo empresarial do World Trade Center foi alvejado por dois aviões, o que causou o desabamento dos prédios que compunham as torres gêmeas, duas horas após o início dos atentados.

4 BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010, p. 19.

Os relatos de estupros coletivos sofridos por mulheres na Índia somente atingiram alguma repercussão a partir de 2012⁵, quando os diversos meios de comunicação passaram a dedicar especial atenção para este problema. Sem a Internet, não teria sido possível acompanhar o desenvolvimento dos casos, tampouco teria sido tão visível a dor das vítimas e a revolta da população daquele país. A disponibilidade da Internet para um número tão grande de pessoas permite, assim, que a violência contra a mulher seja “um dos fenômenos sociais mais denunciados e que mais ganharam visibilidade nas últimas décadas em todo o mundo”⁶.

Resta inegável, portanto, que a Internet é um facilitador da propagação da informação por todo o mundo. Entre as vantagens e desvantagens advindas deste estágio de desenvolvimento da humanidade, interessa ao Direito Penal o surgimento de uma nova natureza de delitos. Crimes cibernéticos, também chamados de crimes informáticos, são aqueles praticados contra a rede mundial de computadores, ou por meio delas. Se as notícias de grande importância podem alcançar uma quantidade imensa de pessoas em fração de segundos, também a informação ofensiva à honra de um indivíduo é transmissível pela Internet – o que, com o passar dos anos, se revelou uma nova arma para a prática de violência contra as mulheres.

Um fato divulgado por meio da Internet não somente terá um alcance infinitamente maior do que qualquer outra forma de publicização da informação, como, muito provavelmente, nunca mais deixará de constar nos registros da rede mundial de computadores. Quando esse fato divulgado é algo ofensivo à honra, se estará diante de uma vítima cuja honra estará eternamente ofendida diante de todo o mundo. Em razão disso, são cada vez mais frequentes os relatos de pessoas que perdem seus empregos, precisam se mudar de suas cidades, sofrem intimidação nas ruas e, por vezes, atentam contra suas vidas, tudo isso em razão de serem vítimas de crimes cibernéticos contra a honra.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que as mulheres compõem um grupo ainda mais suscetível a sofrer com os devastadores efeitos de um crime cibernético contra a honra. Isso porque existe uma categoria de delito informático contra a honra que somente faz vítimas do gênero feminino: a pornografia de vingança. Trata-se da conduta de disseminar, na

⁵ Em 2012, uma estudante foi assassinada depois de ser violentada em um ônibus em Nova Déli. O governo indiano endossou as leis contra esse tipo de crime em 2013, após diversas manifestações mundiais de indignação pelo caso.

⁶ JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher**: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 8.

Internet e por meio dela, “fotos e/ou vídeos privados de uma pessoa, sem a sua autorização, contendo cenas de nudez ou sexo, com o objetivo de expô-la através da rápida viralização do conteúdo, e assim causar estragos sociais e emocionais na vida da vítima”⁷.

Não é necessário sofrer pessoalmente alguma violência para imaginar os efeitos dela em uma vítima. Todavia, à violência pela Internet, todos estão sujeitos. Na era da informação ultrarrápida e ultradisseminada, uma imagem enviada por uma pessoa a outra pode acabar sendo acessada por milhões de outros. Ora, não é difícil imaginar o dano causado por uma simples foto, de cunho íntimo, sendo visualizada e compartilhada por milhares de pessoas. O dano à imagem, à privacidade e à moral da vítima parece incomensurável.

De fácil solução parece ser, entretanto, o problema da pornografia de vingança: bastaria a educação e a conscientização da população no sentido de humanizar a figura da mulher, e não mais tratar seu corpo como propriedade. Esta não seria uma forma de impedir que os criminosos continuassem praticando tal crime, mas lhes retiraria a motivação para fazê-lo: uma sociedade que tratasse a mulher como um ser humano cujo valor não é medido por critérios relacionados à sua vida sexual não rechaçaria a vítima da pornografia de vingança. Ao contrário, voltaria seu repúdio a quem, de fato, agiu de forma errada nesta situação, que é o indivíduo responsável pela exposição não autorizada da intimidade alheia.

Ainda assim, os esforços de combate à pornografia de vingança parecem seguir o mesmo errôneo caminho ao redor do mundo: a prevenção, ou seja, orienta-se que a mulher não tire e/ou envie a alguém suas fotos íntimas. Essa medida, de certo modo, atribui à mulher uma parcela de culpa pelo ato, tratando-o como algo totalmente evitável pela vítima (linha argumentativa que não raro é utilizada também em casos de crime de estupro).

Há também a opção pela criminalização da pornografia de vingança, como recentemente ocorreu no Reino Unido e no País de Gales⁸. Em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, é preciso suscitar a seguinte questão: embora o ato seja completamente reprovável, seria a conduta

7 BUZZI, Vitória de Macedo. **Pornografia de vingança**: conteúdo histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 29. A autora esclarece que o termo “viralizar” faz referência a algo que se espalha com efeito semelhante ao de um vírus.

8 Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/newsbeat/article/31020831/revenge-porn-is-being-made-a-specific-criminal-offence>>.

adequada à criação de mais um tipo penal, especialmente dado o princípio da intervenção mínima do Direito Penal? Qual diferença objetiva faria a criação de um tipo penal específico para a pornografia de vingança, quando o ato tem sido considerado pela Jurisprudência como crime de injúria? Nesse sentido, cumpre citar a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná na ACR 7563673:

PENAL. APELAÇÃO. CRIMES DE INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. ARTS. 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. AGENTE QUE POSTA E DIVULGA FOTOS DA EX-NAMORADA NA INTERNET. IMAGENS E TEXTOS POSTADOS DE MODO A RETRATÁ-LA COMO PROSTITUTA EXPONDO-SE PARA ANGARIAR CLIENTES E PROGRAMAS. PROVA PERICIAL QUE COMPROVOU A GUARDA NO COMPUTADOR DO AGENTE, DO MATERIAL FOTOGRÁFICO E A ORIGEM DAS POSTAGENS, BEM COMO A CRIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BLOG COM O NOME DA VÍTIMA. CONDUTA QUE VISAVA DESTRUIR A REPUTAÇÃO E DENEGRIR A DIGNIDADE DA VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO.⁹

Em junho de 2015, a rede britânica BBC noticiou os passos tomados pela gigante internética Google para combater a pornografia de vingança.¹⁰ As medidas incluem a possibilidade de as vítimas contatarem a empresa, por meio próprio, para solicitarem que fotos suas contendo nudez ou conteúdo sexualmente explícito sejam retiradas do sistema de buscas da companhia. Todavia, a mesma matéria cita o Vice-Presidente da Google, responsável pela implementação do novo sistema, Amit Singhal, admitindo que “Sabemos que [essas medidas] não vão resolver o problema da pornografia de vingança” (tradução nossa). No mês seguinte, a Microsoft, outra gigante do mundo da Internet, anunciou medidas similares em seus serviços.¹¹

O fenômeno da hiperpenalização encontra-se em franca ascensão no Brasil, embora não haja dados concretos que demonstrem sua contribuição para a redução da criminalidade. Pelo contrário, a expansão das

⁹ Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20132845/apelacao-crime-acr-7563673-pr-0756367-3>>.

¹⁰ Reportagem disponível em: <www.bbc.co.uk/newsbeat/article/33210500/google-takes-steps-to-crack-down-on-revenge-porn>.

¹¹ Reportagem disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2015/07/bing-e-onedrive-vaao-estar-sob-vigilancia-contra-pornografia-de-vinganca.html>>.

medidas penais se tem demonstrado um risco de violação das garantias dos indivíduos. Trata-se de uma tendência influenciada pelo advento da supracitada sociedade do risco, em que a sensação de perigo cria nos cidadãos uma crença no Direito Penal como fonte única de justiça. Com relação à pornografia de vingança, considerando-se que o interesse maior não está na punição dessa conduta, mas na extinção de seus danos, resta claro que o proibicionismo por si só não deve ser a única estratégia a ser adotada.

Apesar dessas considerações, parece ser esse o rumo escolhido pelo Poder Legislativo brasileiro: em 2015, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado nº 63, que acrescenta o art. 216-B ao Código Penal, tipificando “a conduta de constranger alguém, mediante contato físico com fim libidinoso, e a conduta de divulgar, por qualquer meio, fotografia, imagem, som, vídeo ou qualquer outro material, a prática do ato libidinoso”¹². Não se tem como prever se tal medida terá efeitos positivos no combate à pornografia de vingança. Contudo, sobre o tema, há uma certeza: para dar tratamento a esta nova forma de violência contra a mulher, a premissa reside em abandonar a crença nas respostas penais como única forma eficaz para solucionar os problemas da sociedade. ❖

12 Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119844>>.

O Regime de Crédito no IPI e a Imunidade, Isenção e Alíquota Zero

Flavio Mattos

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor de Direito Corporativo do Curso LL.M do IBMEC Rio, Professor de Direito Tributário da EMERJ e Advogado no Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

No julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 353.657¹, 370.682² 475.551³, 562.980⁴ e 566.819⁵, o Supremo Tribunal Federal houve por bem modificar a jurisprudência que firmara com o julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 212.484⁶ e 350.446⁷, a respeito do direito de o contribuinte efetuar o creditamento de matérias-primas que ingressarem em seu estabelecimento, em regime de isenção, imunidade ou alíquota zero.

Considerando o sentido e o alcance constitucional do princípio da não cumulatividade, é nossa intenção com o presente trabalho constatar se a conclusão da maioria dos Ministros da Suprema Corte foi tecnicamente acertada.⁸

Num Estado Democrático de Direito, a última palavra sobre o sentido e o alcance de uma norma constitucional cabe ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas esse fato por si só não retira a legitimidade e o

¹ RE 353.657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado no DJE em 07.03.2008.

² RE 370.682/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJ em 29.06.2007.

³ RE 475.551/PR, Rel. Min. Cezar Peluso. Publicado no DJE em 13.11.2009.

⁴ RE 562.980/SC – Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJE em 04.09.2009.

⁵ RE 566.819 - Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado no DJE em 10.02.2011.

⁶ RE 212.484/RS, Rel. Min. Nélson Jobim. Publicado no DJ em 27.11.1998.

⁷ RE 350.446/PR, Rel. Min. Nélson Jobim. Publicado no DJ em 06.06.2003.

⁸ Sem olvidar naturalmente que a última palavra sobre o alcance do sentido das normas constitucionais, num estado democrático de direito, cabe ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

interesse de aprofundar um pouco mais a investigação e a discussão do tema debatido pela Suprema Corte, inclusive como forma de reforçar os ideais democráticos e republicanos.

2. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

O Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI foi introduzido no sistema tributário nacional pela Emenda nº 18/65 à Constituição de 1946, em substituição ao imposto sobre consumo, atribuindo-se à União a competência para instituí-lo.⁹

Atualmente, a base econômica do IPI não se restringe ao consumo, abrangendo também a produção, uma vez que o imposto incide sobre operações que promovam a saída de produtos industrializados do estabelecimento do produtor.

Assim, se um comerciante promover a saída de um produto industrializado de seu estabelecimento para outro comerciante, essa situação não fará com que o fato gerador do IPI ocorra, pois a base econômica do tributo (Constituição Federal, Artigo 153, Inciso IV e seu parágrafo 3º e respectivos incisos) pressupõe a industrialização e a promoção de saída a partir de um estabelecimento industrial.¹⁰

Para fins de definição dos contornos da materialidade do IPI, o termo “operações” exige que se trate de uma operação de transmissão de propriedade ou de posse de um produto industrializado, firmada por força de um negócio jurídico pelo qual se promova a saída do produto do estabelecimento industrial. É por meio dessa exigência que se pode inferir que a materialidade do IPI consiste sempre numa obrigação de dar precedida de uma obrigação de fazer.

Por seu turno, a alusão feita a “produtos industrializados” configura esses produtos como aqueles decorrentes de um processo físico, químico, técnico ou mecânico que os tenha transformado de tal modo que lhes haja criado nova utilidade ou que lhes venha a propiciar o consumo.¹¹ O

⁹ Artigo 153, IV, da Constituição.

¹⁰ “O IPI deve ter por hipótese de incidência o fato de alguém industrializar produto e levá-lo para além do estabelecimento produtor, por força da celebração de um negócio jurídico translativo de sua posse ou propriedade”. BOTTALLO, Eduardo Domingos. *IPI – Princípios e Estrutura*. São Paulo, 2009. Dialética, p. 21.

¹¹ “Pode-se assentar que um produto é industrializado, para fins de IPI, sempre que, a mercê de uma operação física, química, mecânica ou técnica, adquire utilidade nova ou, de algum modo, se mostre mais bem ajustado para

conceito de produto, dessa forma, não equivale ao conceito de mercadoria (materialidade do ICMS), que é apenas o bem destinado ao comércio. Produto destina-se ao consumo, ao comércio ou qualquer outra utilização compatível com seu perfil econômico.

Outra característica importante do IPI é a norma contida no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, que estipula que esse tipo de imposto seja “não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”. A ideia dessa regra é impedir que as sucessivas incidências do imposto nas operações da cadeia econômica de um produto criem um efeito em cascata. Ou seja, a cada ciclo de circulação econômica do produto, as incidências tributárias não devem onerar artificialmente o preço do bem, evitando, assim, que o imposto incida sobre bases já tributadas.

A incidência do tributo em cascata, se concretizada, causaria enorme distorção na economia, dificultando, ou até mesmo impossibilitando, o acesso dos consumidores aos bens de primeira necessidade. A regra da não cumulatividade tem assim, como escopo, permitir a tributação do consumo de forma plurifásica, mantendo a neutralidade fiscal, evitando que cada interveniente na cadeia econômica suporte os custos tributários de operações anteriores.

Assim, além de visar à neutralidade sob a ótica econômica, o princípio da não cumulatividade tem por premissa buscar uma tributação justa sob o ângulo da justiça fiscal.

3. ORIGEM, SIGNIFICADO E MÉTODOS DE EXERCÍCIO DA NÃO CUMULATIVIDADE

A origem da não cumulatividade remonta aos estudos de economistas e financistas que buscavam soluções para evitar os malefícios causados pela tributação em cascata. O primeiro imposto que obedeceu ao sistema da não cumulatividade foi a *taxe a le valeur ajoutée*, instituída na França, em 1954.

No Brasil, os Artigos 11 e 12 da Emenda Constitucional 18/65, instituíram a não cumulatividade, tanto no IPI quanto no ICMS.

o consumo”. BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Fundamentos do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados)**. São Paulo, 2002. Revista dos Tribunais, p. 40.

Não cumulatividade pode ser conceituada como uma não incidência do imposto sobre bases já gravadas anteriormente (seja por ser monofásico, seja por incidir apenas pelo valor agregado) ou, se houver incidência, seja esta compensável com o montante integral devido nas operações anteriores.

A cumulatividade, por seu turno, ocorre quando há tributação plurifásica e não se adotam técnicas para evitar a incidência em cascata, isto é, sobre bases anteriores já tributadas. Em cada etapa do ciclo econômico, o tributo incide sobre o valor total da operação, sem que se possam abater os custos das mercadorias ou insumos já onerados e tampouco os valores pagos ao Fisco.

São espécies de tributos não cumulativos: (i) tributo incidente sobre o valor agregado; (ii) tributo monofásico; e (iii) tributo compensável com os valores devidos em operações anteriores.

O tributo monofásico implica cobrança apenas uma vez, cabendo ao legislador definir em qual ponto da cadeia do ciclo econômico ocorrerá a imposição tributária.

A técnica do Valor Agregado se desdobra em duas subtécnicas: uma por adição¹², na qual somam-se os componentes do valor agregado e o imposto incide sobre o resultado da soma; e outra por subtração (*base on base*)¹³, na qual deduzem-se do total das vendas as compras correlatas. Por esses métodos, tributa-se apenas a diferença entre o valor de venda e o valor anteriormente tributado.

No sistema do crédito de imposto (*tax on tax*) também existe um mecanismo de subtração, qual seja, o valor do imposto devido nas operações anteriores é abatido da operação posterior praticada pelo contribuinte.

A diferença entre essas técnicas é evidente. O mecanismo do Imposto Contra Imposto (*Tax on Tax*) trabalha com um mecanismo externo dos aspectos da hipótese de incidência, por meio da dedução de um crédito de imposto diretamente da obrigação tributária já formada. Por seu lado, a Base Contra Base (*Base on Base*) pressupõe a manipulação de um dos elementos do aspecto quantitativo da hipótese de incidência tribu-

12 "O método de adição consiste em somar todos os componentes do valor acrescido de uma empresa num período dado: salário, juros, lucro líquido, depreciações, etc." COSTA, Alcides Jorge. **ICM na Constituição e na Lei Complementar**. São Paulo. 1978. Resenha Tributária.

13 "Pelo método de subtração variante base sobre base, o valor acrescido resulta da diferença entre o montante das vendas e o das aquisições no mesmo período". COSTA, Alcides Jorge. **ICM na Constituição e na Lei Complementar**. São Paulo. 1978. Resenha Tributária.

tária, diante do acertamento da base de cálculo do tributo para afastar a cumulatividade.

Dessa forma, a técnica do Imposto Contra Imposto é totalmente incompatível com a tributação do valor agregado, pois pressupõe a subtração, de um crédito relativo a um imposto formado anteriormente, do valor devido na operação seguinte.

Na prática, a opção por qualquer das técnicas nem sempre levará ao pagamento do mesmo montante devido a título de tributo, bastando que as alíquotas sejam diferentes nas cadeias posteriores.

4. NÃO INCIDÊNCIA. IMUNIDADE, ISENÇÃO E ALÍQUOTA ZERO

Antes de ingressar no campo de verificação do perfil constitucional da não cumulatividade, é importante delimitar os conceitos de não incidência, imunidade, isenção e alíquota zero, diante do debate que se trava a respeito da possibilidade ou impossibilidade de creditamento, pelo adquirente, dos insumos que na etapa anterior não tenham sido tributados em decorrência de tais fenômenos.

A não incidência compreende uma acepção ampla e uma acepção restrita. Na acepção ampla, a não incidência abrange a imunidade e a isenção, diante do fato de que os três institutos procuram evitar o fenômeno da incidência tributária. Na acepção restrita, a não incidência equivale à ausência de tributação em decorrência da falta de definição do aspecto material do fato gerador.

Essa falta de definição do aspecto material do fato gerador pode ocorrer por (i) ausência de competência do sujeito ativo para instituir o tributo; (ii) por expressa disposição constitucional, caso em que se confundirá com a imunidade; (iii) por expressa disposição legal, caso em que se confundirá com a isenção; ou por falta de previsão legal, embora existente a competência constitucional, hipótese em que também se confundirá com a isenção.

A imunidade é a limitação do poder de tributar por expressa disposição constitucional, geralmente fundada em um princípio ou valor que a Constituição procura preservar mantendo-o a salvo da tributação, como seriam os casos dos valores da justiça ou da liberdade.

A isenção consiste na autolimitação do poder fiscal por meio de concessão do legislador tributariamente competente.

A doutrina diverge sobre a forma como se opera a isenção. Rubens Gomes de Sousa advoga a tese de que a isenção implica dispensa legal de tributo. Para ele, a isenção importa na ocorrência do fato gerador, no nascimento da obrigação tributária, na constituição do crédito tributário e respectiva exclusão, em razão da dispensa de pagamento pela lei isentiva. Essa tese é a mesma encampada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴. Ricardo Lobo Torres, por outro lado, defende que, na isenção, o que ocorre é a derrogação da lei de incidência tributária, o que impede o nascimento da obrigação tributária.¹⁵

Na alíquota zero, a norma de incidência tributária permanece intacta, ocorrendo apenas a suspensão de um dos subcomponentes de um dos elementos constitutivos do fato gerador da obrigação tributária, qual seja a alíquota (como elemento integrante do aspecto quantitativo do fato gerador da obrigação tributária), que é equivalente a zero.

A isenção e a alíquota zero possuem consequências semelhantes, mas são figuras que se afastam porque, na isenção, suspendem-se todos os elementos integrantes do fato gerador da obrigação tributária¹⁶, ao passo que, na alíquota zero, apenas um componente de um dos elementos do fato gerador da obrigação tributária é suspenso¹⁷.

5. O PERFIL DA NÃO CUMULATIVIDADE NO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO

O Inciso II, do § 3º, do artigo 153, da Constituição da República estipula que o IPI seja “não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores”.

Tendo tal dispositivo natureza de regra, aplicando-se no sentido do tudo ou nada, de acordo com as lições de Dworkin e Alexy,¹⁸ não se

14 RE 113.711.

15 “A outra explicação, que a meu ver é melhor, defende que na isenção ocorre a derrogação da lei de incidência fiscal, ou seja, suspende-se a eficácia da norma impositiva. A isenção opera no plano da norma e não no plano fático.” TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro. 2009. Renovar. P. 306.

16 Aspectos Material, Subjetivo, Espacial, Temporal e Quantitativo.

17 Alíquota, que ao lado da base de cálculo, compõe o aspecto quantitativo do fato gerador da obrigação tributária.

18 “Regras se aplicam de modo tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. Exemplos: implementada a idade de 70 anos, o servidor público passa para a inatividade; adquirido o bem imóvel, o imposto de transmissão é devido. se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá

admite qualquer modalidade de ponderação destinada a restringir o alcance da não cumulatividade, eis que tal ponderação poderia tornar o IPI cumulativo.

Nesse sentido, a Constituição Federal não impõe nenhuma restrição ao direito de creditamento decorrente da aquisição de produtos desonerados através de técnicas de não isenção, imunidade, isenção e alíquota zero. Isso porque, ao contrário do ICMS (art. 155, § 2º, II), que veda o direito de crédito nessas hipóteses, a Constituição não cria nenhum impedimento para o exercício do direito de crédito no IPI.

A diretriz da regra constitucional impõe que o direito ao creditamento independe da saída do produto do estabelecimento industrial na operação seguinte do ciclo econômico de circulação do produto, bastando que o contribuinte tenha promovido a aquisição de um bem que será empregado na atividade industrial.

Isso porque a operação de aquisição é orientada pelo método do imposto contra imposto, de modo que o direito ao creditamento surge da simples aquisição de um bem industrializável. Condicionar o direito de crédito à saída do estabelecimento industrial equivaleria a conferir ao IPI o tratamento de imposto sobre o valor agregado, fato que não encontra respaldo no perfil desenhado pelo texto constitucional.

Por possuir natureza extrafiscal¹⁹ qualquer desoneração tributária – não incidência, imunidade, isenção e alíquota zero - outorgada em alguma etapa do ciclo econômico possui finalidades não arrecadatórias, razão pela qual essa desoneração não pode interferir no direito de aproveitamento do crédito.

aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também são definitivos. Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Alguns exemplos: a livre iniciativa por vezes se choca com a proteção do consumidor; o desenvolvimento nacional nem sempre se harmoniza com a preservação do meio ambiente; a liberdade de expressão frequentemente interfere com o direito de privacidade. Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo *status* hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandado de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese.” BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 207/208.

¹⁹ Por exemplo, intervir em algum setor da economia visando a incentivar o consumo de algum bem ou um processo eficiente do agente econômico.

A impossibilidade de aproveitamento do crédito transfiguraria o perfil do imposto para uma modalidade cumulativa, neutralizando os efeitos da desoneração tributária, na medida em que levaria a um mero diferimento do imposto, transferindo para uma etapa seguinte a arrecadação do tributo.

Atento a esse fato e em linha com a natureza do IPI é que o legislador editou o artigo 11 da Lei 9.779/99, destinado a permitir o aproveitamento do crédito pelo industrial que promover a saída de bens com desoneração fiscal. Não permitido o aproveitamento dos créditos acumulados na aquisição dos insumos destinados ao processo de industrialização dos bens que forem objeto da posterior saída com desoneração fiscal, o industrial acabaria sofrendo um efeito competitivo adverso por industrializar um bem com desoneração fiscal.²⁰

Outro tema que precisa ser devidamente tratado, diz respeito à distinção sobre a regra de incidência do IPI e a regra de geração do direito ao creditamento. Embora estejam intimamente conectadas, ambas as regras são completamente independentes, o que evidencia que o direito de creditamento surge da aquisição dos insumos a serem empregados no processo de industrialização, não estando atrelado à saída dos bens industrializados na etapa seguinte de saída.

A eficácia do direito de crédito depende da ocorrência de uma operação anterior de aquisição de matérias primas²¹ destinada a dar sequência às etapas seguintes do processo de industrialização. Essa operação pode ocasionar ou não a deflagração da norma de incidência do IPI, quer pelo novo processo de industrialização, quer pela saída do bem processado do estabelecimento industrial, de forma que as regras que dispõem sobre o creditamento e as regras que dispõem sobre as regras de incidência do IPI sejam independentes. É por isso que o direito de crédito surge, ainda que o insumo seja não tributado, imune, isento ou sujeito à alíquota zero.

E desse surgimento, duas situações conexas, porém independentes, se apresentam: a primeira, no momento da aquisição do insumo, que

20 Lei 9.779/99, Art. 11. "O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda."

21 Segundo a legislação do IPI os créditos básicos surgem a partir da aquisição de Matérias Primas (MP), Produtos Intermediário (PI) e Materiais de Embalagem (ME).

deflagraria o crédito básico do IPI; e a segunda, no momento da ocorrência do fato gerador do imposto, com o processamento industrial do bem e sua respectiva saída do estabelecimento industrial.

A relação jurídica de direito ao crédito não depende da existência de pagamento do IPI quando da aquisição dos insumos utilizados no processo industrial. Essa relação é independente, é autônoma, pois não exige para sua formação a norma de incidência tributária.

Nesse contexto, o direito ao crédito do IPI é moeda escritural, utilizada para dar efetividade ao princípio da não cumulatividade, razão pela qual se exige, em cada ciclo do processo de industrialização, que se faça a compensação entre a relação jurídica de direito ao crédito (nascida com a entrada do bem) e a relação jurídica tributária (nascida com a saída do bem).

Na técnica do Imposto Contra Imposto, o direito ao creditamento nasce independentemente da posterior saída do bem processado do estabelecimento industrial. De acordo com essa técnica, permite-se até mesmo que bens vendidos abaixo do custo sejam tributados, o que seria inviável pela técnica da Base Sobre Base, método de tributação pelo valor agregado.

Com isso fica bem claro que o direito ao creditamento surge ainda que a operação anterior tenha sido fiscalmente desonerada.

É importante aqui esclarecer que a técnica de compensação entre débitos e créditos promovida pela sistemática da não cumulatividade objetiva neutralizar as distorções geradas por uma tributação em cascata, evitando equilibrar as relações econômicas existentes entre os vários integrantes da cadeia econômica do bem industrializado.

Daí se pode inferir que a desoneração fiscal não conflita com o perfil da não cumulatividade, cujo objetivo é que a tributação, na prática, ocorra somente sobre a parcela que tiver sido acrescentada na nova etapa da cadeia de produção.²²

6. AS DECISÕES DO STF NA MATÉRIA

Após a análise do perfil da não cumulatividade no texto constitucional, é chegado o momento de analisar as decisões proferidas pelo STF

22 "Como são independentes, autônomos e diversos os regimes do 'crédito' e do 'débito', a eventualidade de uma operação não provocar o surgimento do débito (imunidade, isenção, não incidência, alíquota zero etc.) não afeta, em nada, o direito constitucional ao registrado crédito quando da aquisição anterior da mercadoria ou produto objeto, agora, da operação não tributada. Não há que se cogitar, no caso, de vedações a tais créditos e, muito menos, de seu estorno ou exclusão". ATALIBA, Geraldo e GIARDINO, Cléber. "ICM e IPI – Direito de Crédito. Produção e mercadorias isentas ou sujeitas à alíquota zero". In *Revista de Direito Tributário*. V. 46. São Paulo. Revista dos Tribunais.

a respeito do direito de creditamento decorrente da aquisição de produtos fiscalmente desonerados (não incidência, imunidade, isenção e alíquota zero). Para tanto, há que se fazer, preliminarmente, uma breve análise sobre as decisões proferidas por aquele egrégio tribunal nos Recursos Extraordinários nºs 212.484, 350.446, 353.657, 370.682, 475.551, 562.980 e 566.819.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 212.484²³, o Tribunal Pleno consagrou o direito de creditamento em operação anterior envolvendo produto isento. Apesar de o Relator, Ministro Ilmar Galvão, ter negado tal direito sob o argumento de inexistir autorização legislativa para tanto, o Ministro Nélson Jobim, em divergência, autorizou o aproveitamento do crédito fundado na tese de que o não aproveitamento provocaria mero diferimento do imposto. Outro argumento, que ajudou a formar a convicção da maioria, foi levantado pelo Ministro Marco Aurélio, ao lembrar que a Emenda Passos Porto (23/83), quando modificou a sistemática do antigo ICM²⁴, deixou intacto o regime do IPI.

A propósito desse julgado, cabe menção à costumeira crítica feita à confusão cometida pelo Ministro Nelson Jobim ao se pronunciar sobre o regime constitucional da não cumulatividade do ICMS e do IPI. Para o Ministro, tais impostos obedeceriam à sistemática do valor agregado²⁵. De fato assim seria, pois se tais exações seguissem a técnica do valor agregado, o direito ao creditamento se tornaria inviável, uma vez que o aproveitamento do crédito é incompatível com a técnica do valor agregado, estando relacionado mais com a técnica do Imposto Contra Imposto.

Na sequência dessa decisão, veio o Recurso Extraordinário nº 350.446²⁶, em razão do qual o Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar sobre o direito de creditamento nas desonerações fiscais efe-

23 Participaram do julgamento os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nélson Jobim. Votou vencido apenas o Ministro Ilmar Galvão, Relator do Recurso.

24 "a isenção ou não incidência não implicará crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes, salvo determinação em contrário da legislação".

25 "Essa é a nossa concepção, que não foi originalmente acolhida pelo STF, por confundir não cumulatividade com tributação do valor agregado, concepção que o levou a reconhecer o direito ao creditamento nas aquisições de insumos isentos e sujeitos à alíquota zero. Esse fato restou célebre precedente em que se reconheceu o direito ao crédito nas aquisições de insumos isentos, quando o relator do acórdão, Ministro Nélson Jobim, asseverou: 'a regra, para os impostos de valor agregado, é a não cumulatividade, ou seja, o tributo é devido sobre a parcela agregada ao valor tributado anteriormente'". FURLAN, Anderson e VELLOSO, Andrei Pitten. "Não Cumulatividade Tributária". In **Não Cumulatividade Tributária**. Organizador, MACHADO, Hugo de Brito. São Paulo e Fortaleza. 2009. Dialética. P. 37.

26 Participaram do julgamento os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Nélson Jobim. Votou vencido apenas o Ministro Ilmar Galvão.

tuadas por meio da alíquota zero. No julgamento²⁷ desse Recurso, e na esteira do voto proferido pelo Relator, Ministro Nélson Jobim, a Suprema Corte resolveu estender o direito de creditamento também às hipóteses de desonerações fiscais efetuadas por meio da alíquota zero, sob o entendimento de que tanto a isenção quanto essa alíquota zero possuem ambas as mesmas consequências práticas. No entanto, admitidas essas hipóteses, os créditos delas decorrentes somente poderiam ser reconhecidos se gerados com base em alíquotas das operações posteriores.²⁸

Não obstante tal decisão, a Corte ainda voltaria a debater a questão do direito de o contribuinte se apropriar dos créditos oriundos de operações tributadas à alíquota zero, agora para se manifestar sobre os Recursos Extraordinários n^{os} 353.657 e 370.682, em cujos julgamentos a discussão se ampliou para também abranger o direito de creditamento, na hipótese de a operação anterior não ter sido objeto de tributação pela aplicação da técnica da não incidência. Os recursos foram objeto de julgamento simultâneo por conta de observação feita pelo Ministro Nelson Jobim²⁹, no sentido de uniformizar o posicionamento do Tribunal sobre a matéria, sobretudo diante da modificação do corpo integrante da Corte.

No julgamento do Recurso Extraordinário n^o 353.657³⁰, prevaleceu por maioria a tese capitaneada pelo relator do processo, Ministro Marco Aurélio, segundo a qual, na hipótese de a operação anterior contar com desoneração fiscal efetuada por meio de alíquota zero ou não incidência, não existirá a possibilidade de aproveitamento de crédito, o qual, inclusive, não chegará a se formar, uma vez que, não se aplicando a alíquota (não incidência) ou sendo esta nula (alíquota zero), não seria possível quantificar-se o crédito eventualmente aproveitável na operação seguinte.

27 Participaram do julgamento os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Nélson Jobim. Votou vencido apenas o Ministro Ilmar Galvão.

28 “Daí a necessidade de se reconhecer o crédito à base da alíquota da operação subsequente.” Trecho do voto do Ministro Nélson Jobim proferido no RE 350.446.

29 “Srs. Ministros, essa temática tem uma grande complexidade e, em conversa com o Ministro Marco Aurélio – que tem a vista dos três embargos declaratórios e é Relator de um processo original, ou seja, o que vamos começar -, tendo em vista que houve sustentação oral nos casos anteriores e, em relação à matéria hoje embargada, a alteração substancial da composição do Tribunal de quando se votou originalmente, entendi conveniente que esse assunto deveria ser reaberto, iniciado o debate sobre o tema com a votação do recurso extraordinário do Ministro Marco Aurélio, porque esta decisão, que poderá ou não ser igual às anteriores, consolidará em relação às demais”. Explicação realizada na abertura do julgamento do RE 353.657.

30 Participaram do julgamento os Ministros Ellen Gracie, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Nélson Jobim. Votaram vencidos os Ministros Nélson Jobim, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

E é nesse exato sentido que caberia a expressão “montante cobrado nas operações anteriores”, aludida no Inciso II do § 3º do Artigo 153 da Constituição Federal, de forma tal que não caberia ao Poder Judiciário tomar emprestada a alíquota da operação subsequente para formação do creditamento, sob pena de violação do Princípio da Separação dos Poderes, já que o Poder Judiciário estaria atribuindo a si a competência legislativa do Congresso.

E nesse mesmo diapasão, também haveria ofensa ao Princípio da Seletividade, conforme vislumbrou o Ministro Marco Aurélio, pois a alíquota da operação subsequente em produtos supérfluos é extremamente elevada, se comparada com produtos de primeira necessidade, o que poderia causar enorme distorção na formação de créditos para produtos desnecessários e de extrema importância para a sociedade.

Cabe destacar o voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, que, após detida análise sobre os institutos da não incidência, da isenção, da imunidade, e da alíquota zero, concluiu pela possibilidade de aproveitamento do crédito, nos casos em que a não incidência for equivalente a uma das demais modalidades isentivas, tendo em vista que tais desonerações fiscais não afetam a competência para instituição da espécie tributária.³¹

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 370.682³², a discussão sobre o direito de creditamento se estendeu para as desonerações fiscais efetivadas por meio de não incidência e, como no caso da alíquota zero, a maioria dos Ministros entendeu ser inadmissível o direito de creditamento.

Nesse julgamento, cabe destacar a observação que fez o Ministro Gilmar Mendes em seu voto quanto à distinção entre “incidência própria ou originária” e “incidência herdada”, no tocante ao exercício da não cumulatividade. Para o Ministro, “incidência originária” seria a incidência tributária ocorrida na cadeia do contribuinte, ao passo que “incidência herdada” seria a incidência tributária ocorrida na cadeia do contribuinte da etapa anterior e transmitida para o contribuinte da etapa posterior.

Assim, havendo desoneração fiscal na etapa anterior (em razão da ausência de tributação), não existiria o fenômeno da “incidência

31 “Por estarem no âmbito da competência do tributo permitem a incidência da norma da não cumulatividade e autorizam o contribuinte a creditar-se do valor relativo à aquisição de produto atendendo à finalidade inerente à mesma norma”. Trecho do voto proferido no RE 353.657.

32 Participaram do julgamento os Ministros Ilmar Galvão (Relator originário), Gilmar Mendes (Relator para o acórdão), Eros Grau, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Votaram vencidos os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

herdada”, o que, conseqüentemente, impediria o aproveitamento do crédito respectivo.³³

Representando a corrente vencida no julgamento do citado Recurso Extraordinário nº 370.682, o Ministro Ricardo Lewandowski argumentou que o sentido e o alcance da não cumulatividade não podem ser efetivados por meio de uma interpretação literal da expressão “montante cobrado” contida no dispositivo constitucional, pois não se deve confundir incidência com pagamento.³⁴

Em nova oportunidade, o Supremo Tribunal teve de se pronunciar sobre o alcance da cláusula constitucional da não cumulatividade, agora por conta do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 475.551³⁵ e 562.980³⁶, ocasião em que a Corte se debruçou sobre a eficácia temporal do direito de aproveitamento introduzido pelo Artigo 11 da Lei nº 9.779/99.

Esse artigo conferiu ao industrial alcançado pela desoneração fiscal o direito de aproveitar os créditos de IPI acumulados por força da isenção, não incidência ou alíquota zero nessa etapa da cadeia, como forma de corrigir a distorção que poderia ser gerada ao contribuinte caso não pudesse de alguma maneira aproveitar os créditos acumulados.

No julgamento dos citados recursos nºs 475.551 e 562.980, o STF teve de se pronunciar se os créditos poderiam ser aproveitados em momento anterior à edição da Lei nº 9.779/99 ou somente a partir de sua vigência, tendo prevalecido a tese levantada pelos Ministros Marco Auré-

33 “Sob a perspectiva da não cumulatividade, penso que na análise de tal esquema é fundamental uma diferenciação entre o que eu chamaria de ‘incidência própria, ou originária’ e ‘incidência herdada’. Esta última, a incidência herdada, seria justamente a carga tributária que incidiu sobre o insumo e que é transmitida ao seu adquirente. E é aqui que se verifica o controle quanto à cumulatividade. (...) Considerando-se que a regra da não cumulatividade tem como objetivo básico evitar que, nas sucessivas fases da cadeia produtiva, o custo tributário de uma fase seja computado na fase imediatamente subsequente para fins de nova tributação, não se vislumbra, na etapa subsequente à da alíquota zero, qualquer carga tributária ‘herdada’ (...) Assim, o creditamento que ora se postula configuraria, evidentemente, um indevido bis in idem”. Trecho do voto proferido no RE 370.682.

34 “Não é possível, com efeito, interpretar-se literalmente a Carta Magna com relação à expressão ‘montante cobrado’, pois, para utilização do crédito do IPI, não se exige, como aliás jamais se exigiu, o efetivo pagamento do tributo, mas apenas que ele incida na operação anterior. Assim, diante da norma exoneratória, ou o tributo não será devido, ou será devido, mas dispensado, devendo, todavia, sempre ser considerado, sob pena de abolir-se o instituto da isenção, substituindo-o pelo do diferimento da incidência”. Trecho do voto proferido no RE 370.682.

35 Participaram do julgamento os Ministros Cezar Peluso (Relator vencido), Cármen Lúcia (Relatora do Acórdão), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Menezes Direito. Votou vencido além do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski. Não participaram do julgamento os Ministros Ellen Gracie e Celso de Mello.

36 Participaram do julgamento os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator vencido), Cármen Lúcia, Marco Aurélio (Relator do Acórdão), Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Menezes Direito. Votou vencido além do Relator, o Ministro Cezar Peluso. Não participaram do julgamento os Ministros Ellen Gracie e Celso de Mello.

lio e Carmen Lúcia de que os créditos em questão, por serem de natureza presumida, somente poderiam ser aproveitados por força de lei, o que só veio a acontecer com a edição da citada Lei nº 9.779/99.

Restaram vencidos os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, que viam a eficácia do aproveitamento como reflexo direto e imediato da cláusula constitucional da não cumulatividade. Nesse sentido, a lei seria meramente declaratória do direito de aproveitamento e não constitutiva desse direito.

Por fim, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.819³⁷, o Tribunal atribuiu à isenção os mesmos efeitos conferidos aos casos de não incidência e alíquota zero, objetos do julgamento pertinente aos Recursos Extraordinários nºs 353.657 e 370.682. Na hipótese, prevaleceu o entendimento do Ministro Marco Aurélio de que, por possuírem a mesma consequência prática, não existiria razão para conferir tratamento diferenciado aos institutos. Adotou-se assim, na ordem inversa, o mesmo entendimento proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 350.446, em que se conferiu à alíquota zero o mesmo tratamento outorgado à isenção.

7. CONCLUSÃO

A arquitetura constitucional da não cumulatividade vinculada ao IPI amolda-se à técnica do Imposto Contra Imposto, o que importa o reconhecimento do crédito oriundo de aquisições de insumos, que tenham sido gerados de forma independente da norma de incidência tributária da etapa anterior, ainda que estas tenham sido objeto de desoneração fiscal por meio de métodos de não incidência, imunidade, isenção e alíquota zero.

Esse foi o entendimento que o STF inicial e acertadamente sufragou por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 212.484 e 350.446, muito embora confundindo as técnicas da Base Contra Base e do Imposto Contra Imposto.

Contudo, verdadeiro retrocesso se daria a partir do julgamento dos Recursos Extraordinários 353.657, 370.682 e 566.819, quando a jurispru-

37 Participaram do julgamento os Ministros Marco Aurélio (Relator), Cezar Peluso, Celso de Mello, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Dias Toffoli. Votou vencido o Ministro Cezar Peluso.

dência emanada daquela Corte restringiu a conformação constitucional da não cumulatividade.

Assim, por todas as razões expostas neste trabalho, a não cumulatividade de incidência do IPI não comporta a interpretação restritiva que lhe deu a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual entendemos que essa Corte poderia muito bem retomar a análise da questão, considerando, principalmente, o prisma das técnicas de exercício da não cumulatividade, que não nos parece tenha sido suficientemente levado em conta, talvez em decorrência das sucessivas modificações pelas quais passou a composição dessa egrégia Corte. ❖

O Futuro da “Recuperação Judicial da Empresa”

Jorge Lobo

Mestre em Direito da Empresa da UFRJ e doutor e livre-docente em Direito Comercial da UERJ

Apenas 5% das quase 7 mil ações de “Recuperação Judicial da Empresa”, ajuizadas nos dez anos de vigência da Lei nº 11.101, de 2005 (LRFE), não foram convoladas em falências, segundo esclarece o eminente Prof. Carlos Henrique Abrão, Desembargador do TJSP e fundador e presidente do “Instituto Nacional de Recuperação Empresarial”, com base em levantamento por amostras realizado por sua área técnica; as que se “salvaram”, foi à custa da extinção de postos de trabalho e dos direitos dos credores, que vão amargar receber o que lhes é devido em longuíssimo prazo, após concordarem em conceder substancial deságio no valor de face de seus créditos (segundo dados da *Corporate Consulting*, a situação é ainda pior, eis que somente 1% de 4 mil empresas pesquisadas “saíram do buraco”).

Na França e nos EUA, o quadro é semelhante, porquanto 95% das “*redressements*”, pleiteadas com base nos arts. L. 631 e segs. do Código Comercial francês, terminam em liquidação, informa o *Observatoire Con-sulaires des Entreprises em Difficultés* (fonte: *Working Paper 2010~2011- Université de Strasbourg*), e 85% a 90% das “*reorganizations*”, submetidas ao Capítulo 11, são convertidas em falências e passam a ser regidas pelo Capítulo 7, que disciplina a insolvência das companhias (<http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/chapter-11-bankruptcy-overview.html>)

À vista desses números, tenho-me perguntado: ao que se deve o fracasso da LRFE? O que é necessário fazer para torná-la eficaz?

Muitos dizem que a nossa lei tem produzido pífios resultados porque: (a) protege as instituições financeiras com a “trava bancária” e a exclusão da alienação fiduciária em garantia e do ACC dos efeitos do processo; (b) os credores conservam seus direitos e privilégios contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso; (c) não há incentivos a fornecedores, para que continuem a manter as mesmas condições e prazos nos futuros

negócios, nem a financiadores, para contratarem novos empréstimos, salvo a duvidosa preferência de figurarem em possível falência na qualidade de “credores extraconcursais”; (d) o Estado não “abre mão” de receber seus tributos, acrescidos de pesadas multas, e a execução fiscal não se interrompe, nem se suspende; (e) os custos da recuperação são altíssimos, em particular a remuneração atribuída ao administrador judicial; (f) não há a previsão do que, na França, se chama de “diagnóstico da situação da empresa”, que visa a verificar, na fase inicial do procedimento, denominado “período de observação”, se a reestruturação será ou não bem sucedida em função da análise das atividades e negócios sociais sob os aspectos (i) econômico, financeiro e contábil; (ii) social (relativo aos empregados) e (iii) jurídico (sobre litígios em curso, funcionamento dos órgãos sociais etc.), eis que o legislador gaulês entendeu que aos dirigentes da empresa “enferma” falta isenção de ânimo para “cortar na própria carne” e propor medidas duras que possam comprometer os seus bens pessoais; (g) controladores e administradores de sociedades em crise mantêm-se inertes; (h) o prazo para apresentação do plano de recuperação deveria ser de, no mínimo, 180 dias etc.

Sem dúvida essas questões merecem ser examinadas e discutidas no momento e local oportunos; porém, reformar a LRFE, revê-la, emendá-la, para expungir erros, eliminar deficiências, espancar dúvidas, corrigir defeitos e imperfeições, demandará demasiado tempo e desmedidos esforços, tempo que não se tem, embora se possa contar com os esforços dos verdadeiramente interessados em dotar o país de uma legislação que atenda às necessidades e anseios de empresas, empresários, empregados, credores e sociedade.

A causa do fracasso não está na LRFE, mas, na equivocada, as mais das vezes temerária, utilização da “Recuperação Judicial da Empresa”, que deveria basear-se exclusivamente na razão, jamais em desejos e esperanças: desejos de ver a empresa reerguer-se das “cinzas”; esperança de ver surgir uma solução “milagrosa”.

Fundar a ação de “Recuperação Judicial” na razão é verificar, com esmero e a assessoria e assistência de especialistas independentes de notória capacidade técnica e indiscutível idoneidade moral, a existência do pressuposto objetivo da ação **antes** de distribuí-la, isto é, verificar se a empresa é econômica e financeiramente viável **antes** de acionar o Poder Judiciário.

Para tornar a LRFE eficaz de imediato, a solução está nos próprios autos da “Recuperação Judicial da Empresa”, por ela ser um benefício legal concedido ao devedor honesto e de boa-fé, o qual, particularmente quando se encontra em dificuldades financeiras, deve pautar sua conduta consoante rígidos princípios éticos e jurídicos.

Inspirado na percuciente observação de Asquini, segundo a qual *“muitos dos defeitos que se atribuem às leis podem ser eliminados com uma severa reação contra certas práticas nocivas que paralisam, quando não destroem, a eficácia da melhor das leis”*, e na esteira do novo Código de Processo Civil, formulo as seguintes sugestões para reflexão dos doutos sinceramente empenhados na plena eficácia da LRFE:

(1º.) com fundamento nos arts. 133 e 790, VI, do novo CPC c/c. 50 do Código Civil, o credor ou o acionista ou o Ministério Público poderia requerer a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, para apurar a responsabilidade civil de controladores e administradores;

(2º.) nos casos, por exemplo, (a) de controladores e administradores de empresas em estado pré-falimentar ou falimentar haverem teimado em mantê-las funcionando de forma artificial e precária em prejuízo dos credores e do interesse público e retardado a decisão de recorrer ao novel instituto e, ao fazê-lo, a derrocada já era irreversível, a falência, inevitável, ou (b) de inviabilidade econômico-financeira não diagnosticada ou omitida na “demonstração” exigida pelo inciso II, do artigo 53, da LRFE, a responsabilidade seria subjetiva, devendo restar provados o dolo ou a culpa, onexo causal e o resultado danoso;

(3º.) se a ação de “Recuperação Judicial” houver se fundamentado em informações e/ou dados falsos e/ou distorcidos e/ou omitidos, *v.g.*, superestimação do valor dos bens do ativo; subestimação do passivo exigível; se, já em estado de crise econômico-financeira, a recuperanda realizou negócios nocivos ao seu patrimônio, *v.g.*, venda a preço vil de direitos ou bens sociais ou oneração de bens corpóreos e incorpóreos em operações comerciais ou financeiras de alto risco; se, já inadimplente, a empresa participou de atos ou negócios suspeitos com controladores e/ou administradores e/ou sociedades coligadas e/ou controladas, que culminaram em vultosos prejuízos, enfim, se, no curso do processo, ficar

provada fraude à LRFE ou abuso de direito, a responsabilidade seria com culpa presumida;

(4º.) se houver perigo iminente e grave de dilapidação ou ocultação ou subtração de bens e direitos da empresa ou dos controladores e administradores, poder-se-ia requerer, ou o juízo, de ofício, decretar, a indisponibilidade de bens e direitos da empresa, dos controladores e dos administradores, para escorreita execução da sentença condenatória em perdas e danos.

Dessa forma, controladores e administradores – e seus assistentes e assessores - ver-se-iam compelidos a agir como autênticos “homens de bem” **antes** de provocar a suspensão das ações e execuções dos credores e de movimentar a máquina pública com uma recuperação absoluta e inexoravelmente inviável ou eivada de dolo e má-fé, que acaba por comprometer o **futuro da “Recuperação Judicial da Empresa”**. ❖

Perfil Atual do Mandado de Segurança Coletivo: A delimitação do objeto e da sua legitimidade ativa

José Tadeu Neves Xavier

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Professor da Faculdade Fundação do Ministério Público - FMP, Professor e Coordenador de Cursos de Pós-graduação da Faculdade IDC, Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul – FEMARGS. Advogado da União.

*“E o que vejo a cada momento
É aquilo que nunca antes eu tinha visto...”
(Fernando Pessoa)*

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. O debate sobre a natureza jurídica do Mandado de Segurança Coletivo. 3. A delimitação do objeto do Mandado de Segurança Coletivo. 4. A legitimidade no Mandado de Segurança Coletivo. 4.1. A atuação dos partidos políticos na titularidade do Mandado de Segurança Coletivo. 4.2. Legitimidade das organizações sindicais, entidades de classe e associações. 4.3. O requisito da pertinência temática. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO: O advento da Lei n. 12.016/2009, regulando alguns dos principais aspectos do Mandado de Segurança Coletivo, reascendeu uma série de debates em torno deste importante instrumento constitucional de tutela coletiva de direitos, dentre os quais se destacam a questão relativa à problemática de seu objeto e a exata identificação de seus legitimados.

Neste contexto o presente estudo visa revisitar as discussões sobre a possibilidade do Mandado de Segurança Coletivo ter por objeto direitos difusos e analisar como o sistema jurídico nacional tem enfrentado a tarefa de atribuição de legitimidade ativa deste *writ* coletivo.

PALAVRAS-CHAVES: Mandado de Segurança Coletivo. Processo Civil. Processo coletivo. Direitos coletivos. Legitimidade ativa.

ABSTRACT: The enactment of Law n. 12.016/2009 regulating some key aspects of Brazilian Collective Writ of Mandamus, has reignited a series of debates on this important constitutional instrument of collective protection rights, among which we highlight the issue on the problematic of its object and the exact identification of its legitimated. In this context, the present study aims to revisit the discussions about the possibility of an injunction Collective have the rights object diffuse and analyze how the national legal system has faced the task of assigning active legitimacy of this writ collective.

ABSTRACT: KEY WORDS: Brazilian Collective Writ of Mandamus. Civil Procedure. Collective Process. Collective Rights. Legitimacy.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Mandado de Segurança Coletivo representa importante instrumento de defesa dos direitos coletivos em nosso ordenamento jurídico, atuando como verdadeiro *writ*, mas que ainda não alcançou o seu pleno amadurecimento.

Criado pela Constituição atual em 1988, passou a acompanhar outros mecanismos de tutela coletiva existentes em nosso sistema, como a ação popular e a ação civil pública, porém com feição bastante peculiar, na medida em que possui legitimados e objeto próprios, que o isolam como figura ímpar e sem precedentes na nossa história jurídica.

Desde o seu advento, o Mandado de Segurança Coletivo tem sido especulado pelos estudiosos do processo civil e do direito constitucional, no intuito de se obter a perfeita identificação da sua natureza e do seu objeto. As suas particularidades, no entanto, dificultaram em muito esta tarefa doutrinária, que ainda permanece em construção. Este *writ* coleti-

vo posiciona-se entre os limites de sua versão tradicional, ou seja, o Mandado de Segurança Individual, e os instrumentos de discussão judicial de direitos coletivos, mormente a ação civil pública. Neste aspecto, traçar a sua exata delimitação é tarefa ingrata e complexa, pois ora se vinculará ao seu tronco, como mecanismo limitado à defesa de direitos líquidos e certos e, em outros momentos, se orientará pelo caminho da tutela coletiva, como ocorre na busca de verificação dos seus efeitos sentenciais.

Mais recentemente, a Lei n. 12.016/2009 deu um passo firme e importante no traçado deste instrumento processual coletivo, reforçando o marco estabelecido pelo constituinte de 1988 e acrescentando alguns detalhamentos, em grande parte frutos do ativismo jurisprudencial que o tema experimentou nas suas duas décadas de existência. Assim, o legislador mostrou um pouco mais de ousadia, atrevido-se a ensaiar, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, um início de regulamentação sobre esta matéria que, já há certo tempo, clamava por uma atenção mais cuidadosa em sede normativa, pois a dicção inserta no art. 5º, LXX, da Constituição Federal, se limitava a dispor sobre a sua legitimidade ativa, estabelecendo a possibilidade deste vir a ser impetrado por (a) partido político com representação no Congresso Nacional, (b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados¹.

2. O DEBATE SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A abordagem sobre o Mandado de Segurança Coletivo impõe a necessidade de identificação da sua essência, tema que desde o advento da Constituição atual, com a introdução deste *writ* coletivo no ordenamento jurídico nacional, tem sido desenvolvido por meio de duas orientações bastante nítidas.

De um lado se posicionaram aqueles que entenderam que o Mandado de Segurança Coletivo nada mais seria que mera versão do esque-

¹ Constituição Federal, art. 5º (...), “LXX. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em fase de funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

ma individual, apenas com legitimidade diferenciada. Alguns chegaram inclusive a desacreditar o seu caráter de novidade. Nesta direção foram as considerações feitas por J. J. Calmon de Passos, ao lecionar *“em primeiro lugar, cumpre não esquecer que o mandado de segurança coletivo é mandado de segurança. Parece uma tautologia, mas não o é. Essa afirmativa enfatiza algo fundamental: os pressupostos tradicionais reclamados para ao writ continuam em pé”*².

No contrafluxo, concentrando o foco de análise no aspecto relativo ao conteúdo do Mandado de Segurança Coletivo, outra parte da doutrina passou a visualizá-lo como forma especial de tutela de direitos coletivos e, com isso, desvinculado de sua modalidade tradicional, inclusive no que dizia respeito ao procedimento que deveria trilhar. Para estes autores, o estreito rito da Lei n. 1.533/51, que na época regula o procedimento do *mandamus*, não se mostrava apropriado para a delineação da sequência procedimental a ser percorrida por instrumento que buscasse servir como mecanismo eficiente de tutela coletiva.

A legislação atual parece ter encerrado esta celeuma, pois efetivou a regulamentação das duas modalidades de Mandado de Segurança sob a mesma forma procedimental, sem descuidar de alguns aspectos específicos que devem ser observados, levando-se em consideração o escopo do Mandado de Segurança Coletivo, na sua função de tutela de direitos que não se enquadram na forma individual.

Portanto, imprimindo uma visão pragmática, fundamental e indispensável para uma compreensão útil, no caminho de um verdadeiro processo civil de resultado, o Mandado de Segurança Coletivo representa variação da sua forma individual, mas com objeto específico, que é o interesse coletivo³, razão pela qual todos os requisitos e pressupostos necessários para autorizar o manuseio desta garantia constitucional na sua versão individual devem se fazer presentes⁴, sem se descuidar, no entanto,

2 Mandado de segurança coletivo, Mandado de injunção e Habeas data, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 24.

3 Filiado a este entendimento, visualizando este writ coletivo como apenas uma variante da sua modalidade individual, Inácio de Carvalho Neto aponta: *“a distinção entre o mandado de segurança coletivo e o writ individual, portanto, está apenas na natureza do direito protegido. Este cuida do direito líquido e certo de natureza individual; aquele, do direito coletivo”* e o conceitua como *“um remédio constitucional que visa a proteger direito líquido e certo coletivo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”* (**Manual do Processo Coletivo, Ação civil pública, Ação popular, Mandado de segurança coletivo**, 2ª Ed, Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 173). Este autor, em outra passagem de sua obra, reitera o seu entendimento de forma mais enfática: *“de ver-se, assim, que o mandado de segurança coletivo nada mais é do que um simples mandado de segurança, proposto, entretanto, coletivamente pelas pessoas legitimadas”* (p. 168).

4 Nesta linha, Cássio Scarpinella Bueno enfatiza: *“é correto o entendimento de que o art. 5º, LXX, da Constituição Fe-*

de seu conteúdo diferenciado, o que acaba por lhe atribuir determinadas peculiaridades procedimentais em razão de seu objeto.

Assim, a existência de legitimação específica – partidos políticos, organização sindical, entidade de classe e associações –, a previsão de maior formalidade para a concessão da liminar e o regime especial da coisa julgada, representam formas de adequação procedimental para a adequação desta ação coletiva ao seu objeto.

3. A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Apesar da evolução que as formas de tutela coletiva têm experimentado nas últimas décadas, ainda não foi possível se obter a consolidação de um sistema de processo coletivo integralmente autônomo. O cenário jurídico brasileiro continua apresentando considerável dificuldade de se libertar da visão clássica do processo civil, tido como âmbito essencialmente de discussão de interesses individuais.

O processo coletivo é matéria recente e carecedora de adequada lapidação, que somente será levada a contento quando passar a ser entendido de forma autônoma, como disciplina específica e dotada de conteúdo próprio. É necessário que a nossa compreensão jurídica passe a vê-lo como ramo específico do processo, desapegando-se da sedutora técnica simplista de visualizá-lo como a mera versão do processo individual, tão somente com conteúdo plural.

A dificuldade no trato das formas processuais de tutela coletiva se refletiu diretamente no delineamento do exato conteúdo do Mandado de Segurança Coletivo, sendo que para alguns, esta garantia constitucional seria apta a trazer ao processo a discussão de qualquer direito coletivo *lato sensu*, o que inclui os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos. Para outros, seria restrita à proteção de interesses coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

O reconhecimento dos direitos coletivos é fruto do advento da concepção de Estado Social⁵ que, ao se libertar da tradição liberal/individua-

deral não criou outra figura ao lado do MS tradicional, mas apenas hipótese de legitimação para a causa. Daí porque os requisitos de direito material do MSC continuam a ser os da CF 5ª LXIX: proteção contra ameaça ou lesão a direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, por ato ilegal ou abusivo de autoridade” - A nova lei do Mandado de Segurança, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121/122.

5 Mauro Cappelletti refere, ao tratar do assunto, “que no campo jurídico o Estado Social incorporou novos direitos

lista, passa a reconhecer a existência de outros valores e interesses indispensáveis à sobrevivência contemporânea⁶. Conforme a própria dicção já indica, esta espécie de direito busca a tutela de valores sociais, assumindo assim cunho comunitário, positivo, promocional e transformador⁷. O ponto central da questão deixa de ser o individual, passando a ser predominantemente o coletivo (*lato sensu*), pois a socialização e a comunitarização dos interesses transindividuais têm papel fundamental⁸.

Estes *novos interesses* ocupam o espaço, até então vazio, entre os antagonísticos interesses individuais e os públicos, transcendendo ao particular, porém sem se tornarem públicos, caracterizados como *meta-individuais*⁹.

A identificação dos direitos coletivos *lato sensu* é tarefa complexa, pois, na lição de Ada Pellegrini Grinover, esta matéria comporta diversos graus de coletivismo, abrangendo desde os mais espalhados, passando por outros mais restritos e chegando a interesses individuais que, por sua

das mais variadas ordens, direitos sociais dos pobres, os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais das crianças e dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, etc". - "Acesso à Justiça". Revista do Ministério Público, n. 18, p. 9.

6 Francois Ost, ao analisar a vinculação entre interesse e direito subjetivo, explica: "A. O interesse, estando na base dos principais conceitos jurídicos, mesmo na de direito subjetivo, tem, assim, um caráter onipresente, aparecendo, desta forma, para além das pretensões asseguradas pela ordem jurídica; B. Paralelamente a esta onipresença e, talvez em consequência mesmo desta presença constante, a noção de interesse se caracteriza por uma imprecisão no seu significado, o que implica uma recorrente confusão e, mesmo, identificação entre interesse e direito; C. De outro lado, o interesse adquire, como noção funcional ou operatória, uma leveza (*souplesse*) que contrasta com a rigidez própria do direito subjetivo. Assim é que, à titularidade exclusivista do direito subjetivo se contrapõe a titularidade difusa, indeterminada ou coletiva dos interesses; da mesma forma, os interesses estão vinculados a valores novos especificados, apontando para objetivos abertos, ampliados; D. Por fim, o interesse incorpora um traço subversivo, apontando novos atores, novos objetos, bem como implica uma relativização de direitos tradicionais - o caso da propriedade que vê agregada à noção de função social, assumindo um interesse difuso da coletividade - é exemplar. A preferência pela utilização do termo direito apenas para o âmbito dos interesses juridicamente protegidos que têm sua titularidade ligada ao indivíduo aponta para os vínculos que se estabelecem entre a noção de direito e sua projeção como direito individual, uma tradição vinculada ao liberalismo. Assim, direito seria aquele fato juridicamente definido para o qual temos uma titularidade e um sujeito definidos, além de um objeto perfeitamente delimitado, ou seja, identifica-se com a noção de direito subjetivo. Há, entre direito e interesse, uma vinculação na qual a preponderância daquele se reflete na negação deste. Ou seja: a hegemonia do direito subjetivo implica a desqualificação do interesse como portador de alguma relevância jurídica" - *Entre Droit et Non Droit: l'intérêt - Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 106-107.

7 Neste sentido José Luis Bolzan de Moraes, **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 96.

8 Conforme observam Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, os direitos coletivos *lato sensu* "situam-se no campo dos direitos que pertencem a todos, mas que não são públicos, no sentido tradicional deste vocábulo. São, isto sim, transindividuais ou metaindividuais, derivados da massificação da vida em sociedade e do surgimento de novas 'modalidades' de conflitos em relação aos quais o sistema processual centrado na iniciativa exclusiva do titular do direito subjetivo não tem como fornecer respostas eficazes". "O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009", **Revista de Processo** v. 177, p. 201-202.

9 No comentário de Lourival Gonçalves de Oliveira: "nestes termos, não cabe ao Estado defendê-los em juízo e nem mesmo cabe a um determinado indivíduo fazê-lo, no que pese não se poder negar por vezes venha a ocorrer a identidade com o interesse deles". "Interesse processual e mandado de segurança coletivo", **Revista de Processo**, v. 56, p. 79.

homogeneidade, podem receber tratamento coletivo¹⁰. Neste sentido, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior referem-se a direitos/interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos)¹¹.

Assim, antes de enfrentarmos o aspecto pontual do objeto do Mandado de Segurança Coletivo, façamos uma breve revisão da dimensão dos direitos coletivos em sentido amplo, tomando-se como referência a previsão do artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que nos oferece a catalogação mais aceita em nosso direito sobre esta espécie, ao dispor: *“A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: i - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; ii - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; iii - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”*¹².

Iniciando pela análise da definição de direitos difusos - entendidos como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato-, podemos constatar que estamos tratando de direitos dotados de considerável grau de indeterminação, o que é apontado por Nelson Nery Junior como a característica básica dos interesses e direitos difusos, destacando que o termo *difuso* não foi criação da doutrina moderna, já sendo conhecido dos romanos, pois Scialoja se referia a ele como direitos públicos, que não se concentram no povo considerado como entidade, mas que tem por próprio titular cada um dos participantes da comunidade¹³. Tais direitos

10 "Mandado de Segurança Coletivo: legitimação e objeto", **Revista de Direito Público**, n. 93, jan-mar/90, p. 20.

11 **Curso de Direito Processual Civil**: direitos coletivos, v. 4, Salvador: Ed. Podivm, p. 73.

12 Esta mesma classificação tem sido seguida pelos projetos de Código de Processo Civil Coletivo, o que indica que deve se consolidar como definitiva.

13 "Mandado de Segurança: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores - Partidos políticos - *Legitimidade ad causam*," **Revista de Processo**, v. 57, p. 151. Ao definir interesses difusos, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma serem eles *“interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g. consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço”* (In: **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 124-4).

podem ser, em síntese, caracterizados pela: (a) indivisibilidade do objeto, que não admite ou comporta fracionamento, sendo concomitantemente de um e de todos, não sendo a soma de interesses privados, mas sim a sua síntese; (b) indeterminação dos sujeitos, pois não há como se individualizar os indivíduos abrangidos por esta espécie; (c) intensa conflituosidade interna, também chamada de *conflituosidade máxima*, uma vez que envolvem sempre dois polos contrapostos muito fortes, o que torna difícil a solução do caso; (d) mutação no tempo, provocando, via de regra, forte impacto social, sendo muitas vezes manchete nos noticiários, embora, com o passar do tempo, o interesse pelos mesmos se reduz, deixando de ter a relevância que outrora tiveram.

Os interesses coletivos em sentido estrito - tidos como aqueles transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base -, são caracterizados pela: (a) indivisibilidade do objeto; (b) determinação dos sujeitos; (c) conflituosidade interna, mas em grau mais reduzido do que nos interesses/direitos difusos; (d) vinculação dos sujeitos por uma relação jurídica-base e; (e) mutação no tempo em grau também mais reduzido. Ao lecionar sobre esta espécie de direito José Marcelo de Menezes Vigliar, refere que *“são os interesses que compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos determinável de pessoas, dizendo respeito a um grupo, classe ou categoria de indivíduos ligados por uma mesma relação jurídica-base (ou básica, como preferem alguns autores) e não apenas por meras circunstâncias fáticas, como acontecia na modalidade de interesses transindividuais analisada (interesses difusos)”*¹⁴⁻¹⁵.

Diversamente das hipóteses anteriores, os direitos individuais homogêneos caracterizam-se por não serem transindividuais e por decor-

Do mesmo modo, José Marcelo de Menezes Vigliar leciona que *“difusos são os interesses em que os titulares não são passíveis de ser determinados ou determináveis e se encontram ligados por meras circunstâncias de fato, ainda que não muito precisas. São interesses indivisíveis e, embora comuns a uma categoria mais ou menos abrangente de pessoas, não se pode afirmar, com precisão, a quem pertençam, tampouco a parcela destinada a cada um dos integrantes desse grupo indeterminado”* - **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas, 3ª ed, 1999, p. 47.

14 Ação Civil Pública. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 1999, p. 51.

15 A distinção mais marcante entre os direitos/interesses difusos e os coletivos em sentido estrito é, portanto, a determinabilidade destes últimos, que ficam vinculados a certos grupos ou categorias de pessoas. Como destacam Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, nos direitos/interesses coletivos em sentido estrito o que interessa para fim de tutela jurisdicional é a possibilidade de identificar o grupo, categoria ou classe, vez que a tutela se revela indivisível, e a tutela coletiva não está à disposição dos indivíduos que serão beneficiados - **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo, v. 4, Salvador: Ed. Podivm, 2007, p. 75.

rerem de origem comum, o que levou Teori Albino Zavascki¹⁶, a afirmar que: *“há interesses individuais que, considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico”*. Note-se que, em relação a esta espécie de tutela coletiva, o Código de Defesa do Consumidor mostrou-se bastante econômico, omitindo-se de propiciar uma definição normativa mais detalhada. Entretanto, fica evidenciado que a sua posição é a de um direito materialmente individual, mas que pelas peculiaridades que encerra, ganha dimensão processual coletiva. A inspiração do legislador consumerista, para a identificação desta modalidade de direito coletivo *lato sensu*, é encontrada nas *class actions for damages*, existentes no direito norte-americano¹⁷. Nesta modalidade de direito coletivo, ao contrário das anteriormente analisadas, haverá o envolvimento de uma quantidade de pessoas passíveis de identificação, embora esta em geral somente se mostre viável em fase posterior, quando a execução da sentença coletiva. Tal determinação derivará exatamente da demonstração de existência de um vínculo decorrente da origem comum. Nesta hipótese, portanto, estamos frente a direitos cindíveis, que serão atribuídos a cada um dos interessados, exatamente na proporção que lhes for devida, de acordo com a extensão do dano individualmente experimentado¹⁸. Em síntese, as características dos interesses individuais homogêneos são: (a) divisibilidade do objeto; (b) determinação dos titulares; (c) vinculação dos titulares em razão de origem comum.

Efetivada esta breve revisão sobre as espécies de direitos coletivos reconhecidas no direito brasileiro, cabe verificar agora como a legislação mandamental atual delineou a dimensão do objeto do Mandado de Segurança Coletivo.

16 “O Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos”. *Revista MPRGS*, 29/39.

17 Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, ao se debruçarem sobre o estudo dos direitos coletivos, ressaltam a importância da identificação dos direitos individuais homogêneos como categoria processual própria: *“sem sua criação pelo direito positivo nacional não existiria possibilidade jurídica de tutela ‘coletiva’ de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão da sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí recorrentes. A ‘ficção jurídica’ atende a um imperativo de direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea”* - **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo, v. 4, Salvador: Ed. Podivm, 2007, p. 76.

18 Luiz Manuel Gomes Junior e Rogério Favreto indicam exemplos de concretização dos direitos individuais homogêneos: *“danos de pequeno valor (delitos de bagatela), que são aqueles que não justificam, sob o ponto de vista econômico, o ajuizamento de uma demanda individual; ou determinadas situações fáticas, submetidas a uma mesma disciplina jurídica (consórcios, aquisição de um determinado bem, etc.), que justificam o tratamento coletivo”* - **Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 194.

Quando do advento da Constituição Federal atual, sendo o Mandado de Segurança Coletivo ainda uma novidade carente de regulamentação, verificou-se nitidamente na doutrina nacional duas orientações a respeito da abrangência deste instrumento processual de defesa coletiva de direitos. De um lado posicionou-se Ada Pellegrini Grinover, defendendo a abrangência do writ em debate, e clamando pela amplitude de seu objeto, face à ausência de limitação no Texto Constitucional, afirmando: *“a regra que se impõe, para o legislador e o intérprete, é a de que se somente serão consentâneos com a Lei Maior a norma e a exegese que consigam extrair do preceito constitucional a maior carga possível de eficácia e de efetividade. Qualquer lei e qualquer interpretação restritivas serão inquestionavelmente inconstitucionais”*¹⁹. Esta autora mostrou-se ainda mais incisiva, ao explicar o seu posicionamento: *“isso significa, em última análise, que tanto a alínea ‘a’ como a alínea ‘b’ do inciso LXX se voltam para a tutela de todas as categorias de interesses e direitos. Os legitimados à segurança coletiva podem agir na defesa de interesses difusos, transcendententes à categoria; os interesses coletivos, comuns a todos os filiados, membros ou associados; de interesses coletivos, que se titularizam apenas parcela dos filiados, membros ou associados. E ainda dos direitos pessoais, que poderiam ser defendidos pela via do mandado de segurança individual, mas que podem ter tratamento conjunto com vistas à sua homogeneidade, evitando-se, assim, a proliferação de seguranças com decisões contraditórias”*²⁰.

De outra banda, Ovídio Baptista da Silva apresentou ótica distinta, lecionando: *“uma leitura desatenta e superficial do texto constitucional pode perfeitamente sugerir que o legislador constituinte haja pretendido estender o mandado de segurança para além dos seus limites tradicionais, enquanto instrumento de garantia de direitos individuais líquidos e certos, fazendo-o igualmente idôneo para a tutela dos denominados ‘interesses legítimos’, que a doutrina costuma identificar como direitos difusos”*²¹. Na visão deste autor haveria incompatibilidade de discussão de direitos difusos, face ao caráter sumário e documental da ação de Mandado de Segurança, explicando: *“porque o mandado de segurança coletivo não pode tutelar dos denominados interesses coletivos ou difusos? Será porventura porque a doutrina ou o próprio legislador constituinte mantenha algum*

19 **Mandado de segurança coletivo**, Doutrinas essenciais de Processo Civil, v. 9, São Paulo: RT, 2011, p. 233.

20 **Mandado de segurança coletivo**, Doutrinas essenciais de Processo Civil, v. 9, São Paulo: RT, 2011, p. 233.

21 "Mandado de segurança – meio idôneo para a defesa de interesse difuso?" **Revista de Processo**, out/1990, p. 131.

tipo de aversão por estas categorias, ainda amorfas e não subjetivadas de direitos pertencentes a grandes coletividades humanas? Evidentemente que não. O que acontece é que o mandado de segurança – enquanto processo sumário documental (!) – não se coaduna e nem poderá, jamais, abrigar sob o manto de sua proteção alguma coisa que não seja, rigorosamente, um direito subjetivo líquido e certo. Somente a evidência probatória desata categoria jurídica, capaz de ser provada documentalmente, poderá ter como veículo o procedimento resumido e célere do mandado de segurança”²².

A Lei n. 12.016/09 adotou, acertadamente, a posição restritiva, sustentada por Ovídio Baptista da Silva, nos exatos termos do art. 21, parágrafo único, *verbis*: “Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – individuais homogêneos, assim entendido, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

Há que se entender a omissão legislativa referente à categoria de direitos difusos como proposital, com a clara intenção de afastá-los do alcance da tutela do Mandado de Segurança Coletivo²³.

Entretanto, não podemos nos furtar de pôr em tela a notícia da existência de entendimento antagônico sobre a omissão da legislação atual, relativa à possibilidade de inserção de direito difuso no objeto de Mandado de Segurança Coletivo. O jurista Alexandre Freitas Câmara oferece raciocínio diverso daquele que apresentamos acima. Na ótica deste autor o silêncio legislativo não implica a exclusão do cabimento do Mandado de Segurança Coletivo para a tutela dos interesses difusos. Argumentando sobre esta possibilidade o autor traz à baila a previsão normativa constante do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, ao dispor que para

22 “Mandado de segurança – meio idôneo para a defesa de interesse difuso?” **Revista de Processo**, out/1990, p. 131. Na mesma linha posiciona-se Hely Lopes Meirelles, ao tratar da legitimação das associações de classe para o Mandado de Segurança Coletivo, garantida no art. 5º, LXX da Constituição Federal, afirmando: “Na realidade, embora haja referência no artigo à ‘defesa dos interesses dos seus membros’, entendemos que somente cabe o mandado de segurança coletivo quando existe direito líquido e certo dos associados, e no interesse dos mesmos é que a entidade, como substituto processual, poderá impetrar o mandado de segurança, não se admitindo, pois, a utilização do mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos, que deverão ser protegidos pela ação civil pública” (**Mandado de Segurança**, Malheiros Editores, 28ª ed., p. 26).

23 Em linha contrária, Teori Albino Zavascki (**Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança**, Coordenadores: Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha e Tiago Asfor Rocha Lima, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 287).

a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, acrescentando, ainda, o argumento no sentido de que integrando o Mandado de Segurança o rol de garantias fundamentais, este deve ser interpretado segundo o princípio da máxima efetividade²⁴. Desta forma, Alexandre Freitas Câmara enfatiza: *“ora, facilmente se vê a intenção do legislador infraconstitucional, com a exclusão dos direitos difusos do rol das posições jurídicas tuteláveis por meio de mandado de segurança coletivo foi restringir a área de atuação dessa garantia, o que contraria o princípio da interpretação constitucional. Assim, impõe-se dar ao silêncio da lei uma interpretação conforme a constituição, de modo a considerá-lo possível, também, o manejo do mandado de segurança coletivo para a tutela de interesses difusos”*²⁵.

Endossando este posicionamento, Hermes Zaneti Junior traz à baila os argumentos da interpretação conforme a Constituição e a vedação de retrocesso social na defesa dos direitos difusos²⁶.

Acreditamos que a restrição do objeto do Mandado de Segurança à discussão de direitos coletivos em sentido estrito e a direitos individuais homogêneos em nada afeta a previsão normativa do Código de Defesa do Consumidor, que apesar da sua inquestionável relevância, não tem a sua aplicabilidade extensível a este *writ* coletivo, que possui peculiaridades muito particulares, além de ostentar tratamento jurídico específico, o que por si só já bastaria para afastar-se do referido regramento consumerista. Por outro lado, o fato de o Mandado de Segurança Coletivo assumir a forma de garantia constitucional não o isenta da observância da também garantia constitucional do devido processo legal, cabendo a sua instrumentalização ser efetivada de acordo com o procedimento legal existente no âmbito infraconstitucional, onde se efetivará por meio de rito sumário

24 **Manual do Mandado de Segurança**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 360.

25 **Manual do Mandado de Segurança**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 360-361. No mesmo sentido posicionam-se Darlan Barroso e Luciano Alves Rossato, criticando a posição adotada pelo legislador: *“de fato, a constitucionalidade de tal limitação é questionável. Como sabemos, em termos de direitos fundamentais – ainda mais de tratando de garantia –, entendemos que não compete ao ordenamento processual infraconstitucional limitar aquilo que foi concebido para a aplicação de forma abrangente e ampla. A sorte do jurisdicionado está no fato de existirem outros meios semelhantes para a defesa coletiva de direitos difusos – como a ação civil pública, a ação popular e, não tão especial e eficaz, a genérica ação pelo rito ordinário. E mais: não há vedação para que os direitos difusos sejam defendidos por meio de mandado de segurança individual. Qualquer pessoa que estiver sofrendo violação de um direito de natureza difusa, por ato de autoridade, poderá, em nome próprio e em vista de benefício exclusivamente para si, impetrar mandado de segurança individual na defesa de tal direito comum a outras pessoas”* - **Mandado de Segurança**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89/90.

26 **O novo mandado de segurança coletivo**, Salvador: Editora JusPodivum, 2013, p. 100-106.

e essencialmente documental, o que, como referido supra, mostra-se incompatível com a tutela de direitos difusos.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, segue a mesma linha, restringindo o manuseio do Mandado de Segurança Coletivo aos direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos²⁷.

4. A LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

De acordo com o disposto no art. 5º, LXX, da Constituição Federal, o Mandado de Segurança Coletivo pode ser impetrado por partido político, com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, atuando na defesa de seus membros ou associados.

Porém, apesar da legitimidade ativa para o manuseio do Mandado de Segurança Coletivo vir indicada de forma expressa no texto constitucional, a ausência de regulamentação deste instrumento de tutela coletiva acabava por permitir a persistência de algumas dúvidas que necessitavam ser esclarecidas. A Lei n. 12.016/2009, no *caput* do seu art. 21, ocupou-se da tarefa de detalhar com mais precisão e acuidade a legitimação ativa para a impetração deste *writ* estabelecendo que *“o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”*.

A principal problemática sobre a referida legitimidade consistia na discussão sobre a viabilidade desta vir a ser ampliada, tomando-se em consideração os princípios referentes à tutela coletiva. Para alguns, a sua

27 Vejamos o seguinte precedente: “Processual Civil. Mandado de segurança. Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais de Minas Gerais. Defesa de interesses difusos. Ilegitimidade ativa. Súmula 101/STF.1. Evidenciado o caráter difuso da impetração, fulcrada, essencialmente, na defesa dos interesses dos usuários das rodovias federais – universo de pessoas passíveis de ser atingidas pelos supostos efeitos nefastos do ato coator, impõe-se o reconhecimento da incapacidade postulatória do sindicato autor. 2. É vedada a utilização do mandado de segurança como substitutivo da ação popular (Súmula n. 101/STF). 3. Mandado de segurança extinto sem resolução do mérito” (Mandado de segurança n. 11399/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, 1ª Seção, julgado em 13.12.2006, STJ).

interpretação deve ser realizada de forma restritiva, ou seja, a legitimidade dos Partidos Políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações seria exclusiva. Estaríamos, portanto, frente a *numerus clausus*, sem viabilidade de ampliação das possibilidades traçadas na Carta Maior. Mas, há autores que discordam desta interpretação restritiva, pregando que outras normas poderiam ampliar o rol de legitimados para este *writ* coletivo, ou poderia ser deduzida do próprio texto constitucional a identificação de outros entes também dotados desta legitimação.

A principal celeuma a ganhar fôlego na doutrina foi sobre a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento do Mandado de Segurança Coletivo. Para os defensores desta linha de orientação, tal titularidade decorreria dos termos da própria Carta Constitucional, que em seus arts. 127 e 129, III, atribui a este ente a defesa dos direitos difusos e coletivos²⁸. Nesta linha, Eduardo Cambi e Adriane Haas ressaltam: *“o Ministério Público contemporâneo deixou de ser um mero fiscal burocrático e passivo do ordenamento jurídico, possuindo caráter político e social. Sua atuação está norteada pela efetiva realização dos direitos fundamentais”, acrescentando: “para tanto, deve se valer de todos os meios processuais adequados para poder proteger os direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos”*²⁹.

Também foi posta em debate a viabilidade de as Defensorias Públicas virem a assumir a titularidade para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo, seguindo-se linha argumentativa semelhante àquela desenvolvida em relação ao Ministério Público. Camilo Zufelato defende o reconhecimento da legitimidade de atuação ativa para as Defensorias Públicas, como decorrência da missão constitucionalmente atribuída a este órgão, reforçada ainda pela aplicação da teoria do diálogo das fontes³⁰.

Em que pese a solidez destes argumentos, no sentido de atribuir tal legitimação ao Ministério Público ou às Defensorias Públicas, a Lei n. 12.016/2009 não as contemplou.

28 Marta Casadei Momezzo é enfática ao defender a legitimidade do Ministério Público para a propositura da Ação de Mandado de Segurança Coletivo (**Mandado de segurança coletivo**: aspectos polêmicos. São Paulo: LTR, 2000, p. 65).

29 "Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo", **Revista de Processo**, v. 203, jan/2012, p. 121.

30 "Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo – uma análise a partir do microsistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes", **Revista de Processo**, v. 203, jan/2012, p. 321.

A atuação dos titulares nesta ação coletiva especial é caracterizada como forma de legitimidade extraordinária, entendida com aquela que é conferida em caráter especial para determinado agente ou entidade agir em juízo em nome próprio, mas defendendo interesse alheio. É, portanto, típica exceção à regra geral de legitimidade ordinária consignada no art. 6º do diploma Processual Civil, no sentido de que ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio.

Cabe anotar, ainda, como questão prévia, que nestes casos de legitimação especial não há a necessidade de verificação de prévia autorização assemblear, pois a atribuição para a impetração do *writ* coletivo advém do próprio texto normativo – Constituição Federal e Lei n. 12.016/2009. Este, inclusive, já era o entendimento predominante nos Tribunais Superiores mesmo antes da atual legislação³¹. Entretanto, como oportunamente explicam Darlan Barroso e Luciano Alves Rossato, por questões internas, políticas ou administrativas, as entidades legitimadas constitucionalmente para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo poderão dispor em seus estatutos sobre a necessidade de alguma espécie de autorização para que seus gestores possam iniciar a demanda³².

Vencidas estas questões preliminares, passamos então a verificar como a legislação atual regulamentou a legitimidade ativa neste *writ*, o que iremos realizar analisando a referência a cada um dos entes capazes de capitanear esta demanda coletiva³³.

31 Neste sentido a manifestação do STJ: “*Recurso ordinário. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Sindicato. Defesa do direito de parte de seus representados. Desnecessidade de autorização expressa. Possibilidade. Retorno dos autos. 1. Já está pacificado no âmbito desta e. Corte e no c. Supremo Tribunal Federal que a entidade de classe tem legitimidade ativa, na qualidade de substituto processual, para pleitear direitos de parte da categoria, independentemente de autorização destes. II. Precedentes desta e. Corte e do Excelso Pretório. Recurso ordinário provido para, afastando a preliminar de ilegitimidade ativa, determinar que a Corte de origem prossiga no julgamento do mandamus*” (STJ, 5ª Turma, ROMS 19.278/GO, rel. Min. Felix Ficher, j. em 06.03.2007).

32 **Mandado de Segurança**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92. Os autores frisam que esta eventual necessidade de autorização interna específica representa mero pressuposto relativo à capacidade processual da parte, como ocorre com a verificação de poderes de qualquer pessoa jurídica, em qualquer modalidade de ação - por exemplo, o estatuto de uma associação poderá prever que a assinatura de uma procuração *ad judicium* apenas se dê com a autorização de algum órgão interno (p. 92/93).

33 Ada Pellegrini Grinover, escrevendo antes da edição da Lei n. 12.016/2009, teve a oportunidade de colocar-se de forma contrária a qualquer espécie de limitação à legitimidade constitucionalmente assegurada à impetração do Mandado de Segurança Coletivo, argumentando que este instrumento constitucional é: “*espécie da segurança tradicional, é ação potenciada, a ser respeitada, em sua natureza, pelo legislador e pelo intérprete. Das normas que o regulam, deve extrair-se a maior carga possível de eficácia. Por isso, não se deve exigir dos legitimados à ação de mandado de segurança senão aquilo que a Constituição expressamente requer*” - **Mandado de segurança coletivo**, Doutrinas essenciais de Processo Civil, v. 09, out-2011, p. 233.

4.1 A atuação dos partidos políticos na titularidade do Mandado de Segurança Coletivo

Conforme destacado acima, a Constituição Federal outorgou expressamente legitimação especial aos Partidos Políticos para a atuação ativa na defesa judicial de direitos coletivos, por meio do manuseio do Mandado de Segurança Coletivo. A razão desse deferimento especial reside, na feliz síntese de Nelson Nery Junior, na função política exercida por estes entes³⁴.

É oportuno lembrar que os Partidos Políticos têm natureza de pessoa jurídica de direito privado – art. 44, V, do Código Civil -, com liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção e caráter nacional, assumindo a condição de entidades essenciais para a conservação do Estado Democrático de Direito, pois se destina a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal (art. 1º da Lei n. 9.096/95).

Na atribuição de legitimidade especial para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo a Constituição exige apenas que tenham representação no Congresso Nacional, ou seja, basta para atender a este pressuposto de legitimação que ocorra a existência de um Deputado Federal ou de um Senador vinculado ao partido.

No passado houve debate jurídico sobre a necessidade de o Partido Político manter essa representação no Congresso Nacional durante todo o curso da demanda coletiva. Embora sem enfrentamento direto sobre esta questão, especificamente para o caso do Mandado de Segurança Coletivo, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao analisar ações diretas de inconstitucionalidade – onde se tem a mesma exigência para a legitimação dos partidos políticos-, chegou a entender que a perda superveniente da representação parlamentar acarretava a extinção do processo³⁵. Entretanto, em decisão posterior, revisou o entendimento e assumiu o posicionamento de que tal requisito de legitimação deve ser verificado apenas no momento da propositura da ação direta de inconstitucionalidade³⁶.

34 "Mandado de Segurança Coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – Partidos Políticos, Legitimidade *ad causam*", **Revista de Processo**, v. 57, p. 156.

35 "Ação direta de inconstitucionalidade. Partido político que, no curso do processo, vem a perder a representação parlamentar no Congresso Nacional. Fato superveniente que descaracteriza a legitimidade ativa da agremiação partidária (CF, art. 103, VIII). Matéria de ordem pública. Possibilidade de reconhecimento, ex officio, pelo relator da causa. Ação direta prejudicada. Precedentes AGRADI 2.2002, 2.613, 2.735" (ADI 2822AgR-SP, Tribunal Pleno, j. em 23.04.2003, Rel. Ministro Sydney Sanches).

36 "Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Partido político. 3. Legitimidade ativa. Aferição

Neste compasso, acreditamos que, no caso dos partidos políticos, a verificação da existência de representação no Congresso Nacional também deve ser realizada apenas no momento da propositura da ação. Eventual perda superveniente da representação parlamentar não será causa adequada para a extinção deste *writ* coletivo³⁷.

André Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte oferecem interessante digressão sobre a aferição deste requisito específico para a legitimidade ativa das agremiações partidárias na segurança coletiva. Para estes autores a imposição de necessidade de representação em qualquer das Casas do Congresso Nacional não deve ser interpretada de forma literal, argumentando: *“a melhor leitura do dispositivo é que se deve verificar a extensão da questão postulada na interpretação para aferir se tal condição está preenchida”*, explicando: *“assim, se a questão tiver extensão nacional ou se ela abranger vários estados, o partido político terá que ter pelo menos um parlamentar no Congresso Nacional. Se a matéria estiver circunscrita a um único estado, deverá ter representação na Assembleia Legislativa. Por fim, se o tema for local, não ultrapassando determinado município, deverá o partido ter pelo menos um representante na Câmara de Vereadores”*³⁸. Nesta ótica o requisito constitucional deixaria de ser uma questão meramente formal, para se transformar em parâmetro de aferição da maior ou menor vinculação do legitimado com a questão, podendo-se, desta maneira, se verificar a sua representação adequada³⁹. Apesar da coerência e perspicácia desta construção, acreditamos que ela

no momento de sua propositura. 4. Perda superveniente de representação parlamentar. Não desqualificação para permanecer no pólo ativo da relação processual. 5. Objetividade e indisponibilidade da ação. 6. Agravo provido. (ADI 2618 AgR-Arg, Tribunal Pleno, j. 12.08.2004, Rel. Min. Carlos Velloso, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes).

37 Em sentido contrário manifestam-se Darlan Barroso e Luciano Alves Rossato (**Mandado de Segurança**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97). Na visão de Andre Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte: *“Embora os fundamentos apresentados digam respeito a características inerentes às ações de controle abstrato de constitucionalidade, um mandado de segurança coletivo também poderia comportar tal conclusão, dada a notória indisponibilidade dos direitos tutelados na esfera coletiva. No entanto, esta não parece ser a melhor interpretação, na medida em que, tratando-se de parâmetro para a aferição da adequação do representante em uma ação coletiva, tal controle deve ser realizado em todas as fases do processo, sob pena de colocar em risco os interesses da coletividade. Isso não significa, todavia, que o mandamus deverá ser extinto em tal hipótese. Como a questão diz respeito à efetividade do instituto como instrumento de tutela coletiva, neste caso, deve se aplicar em caráter subsidiário a norma contida no art. 5º, § 3º, da Lei 7.347/1985 e permitir que o Ministério Público assuma a titularidade do mandado de segurança no lugar do partido político que perdeu representatividade parlamentar - “Aspectos polêmicos do Mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso?” **Revista de Processo**, v. 203, jan-2012, p. 39.*

38 “Aspectos polêmicos do Mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso?” **Revista de Processo**, v. 203, jan-2012, p. 39.

39 “Aspectos polêmicos do Mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso?” **Revista de Processo**, v. 203, jan-2012, p. 39.

mereça apreciação mais cuidadosa, para se evitar ir além dos limites fixados na Constituição ou na legislação regulamentadora na matéria.

Note-se que, em relação às agremiações partidárias, não há imposição da verificação de prévia constituição e funcionamento há pelo menos um ano.

Por outro lado, ainda em relação à legitimação das entidades partidárias, antes da legislação atual não havia a indicação sobre a abrangência da sua titularidade para a impetração desta demanda mandamental, ou seja, não se definia se os partidos políticos poderiam atuar de forma ampla, defendendo qualquer interesse coletivo, ou se ficaria restrito a atuação na defesa dos interesses de seus integrantes.

Muitos autores perfilhavam entendimento no sentido de amplitude da legitimidade ativa dos Partidos Políticos, face à ausência de limitação no texto constitucional. As agremiações políticas, na impetração do *writ* coletivo, atuariam como verdadeiros guardiões do direito objetivo em geral, sem restrições relativas ao tema versado na demanda coletiva. Ada Pellegrini Grinover, *v. g.*, defendeu de forma enfática a ampla atuação dos Partidos Políticos como titulares de legitimidade para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo, afirmando que esta *“somente pode sofrer a restrição decorrente do texto constitucional, consistente na falta de representação no Congresso Nacional”*⁴⁰. De fato, a inexistência de especificação sobre a atuação dos Partidos Políticos como autores desta ação mandamental chama a atenção, uma vez que, em relação às organizações sindicais, entidades de classe e associações, o constituinte delimitou expressamente a legitimação de tais entidades à propositura de Mandado de Segurança Coletivo para a defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O tratamento diferenciado entre a legitimidade dos partidos políticos e das demais formas associativas (entidades sindicais, entidades de classe e associações) também pode ser atribuído à distinção existente entre estes entes. As formas associativas em questão têm sua razão de

40 "Mandado de Segurança Coletivo: legitimação e objeto", *Revista de Direito Público*, nº 93, jan-mar/90, p. 19. A autora explica mais detalhadamente o seu posicionamento: *“Com a redação à alínea ‘a’ do inciso LXX do art. 5º, a Constituição adotou a redação mais ampla possível: e para retirar-se do dispositivo a maior carga de eficácia, parece claro que nenhuma restrição há de ser feita. Por isso, o partido político está legitimado a agir para a defesa de todo e qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral, ou não. No primeiro caso, o Partido estará defendendo seus próprios interesses institucionais, para os quais se constituiu. Agirá, a nosso ver, investido de legitimação ordinária. No segundo caso – quando, por exemplo, atuar para a defesa do ambiente, do consumidor, dos contribuintes – será substituto processual, defendendo em nome próprio interesses alheios. Mas nenhuma outra restrição deve sofrer quanto aos interesses e direitos protegidos: além da tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, que se titularizam nas pessoas filiadas ao partido político, pode o Partido buscar, pela via da segurança coletiva, aquela atinente a interesse difuso, que transcendam aos seus filiados”*.

existência na tutela dos interesses e necessidades de seus associados, o que acaba por moldar a sua legitimidade para a propositura da demanda coletiva. Esta situação, entretanto, não se repete quando se trata de partidos políticos, que assumem natureza associativa de caráter integralmente diverso. Estes não encontram o motivo de existência no interesse específico de seus filiados/associados, mas sim têm como objetivo atuar na defesa de interesses externos. Esta é, inclusive, a dicção estabelecida na Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95, art. 1º), indicando, como já destacado anteriormente, que estas entidades se destinam a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais, definidos na Constituição.

Nelson Nery Junior, reforçando tal entendimento, põe em destaque dois aspectos: (a) a legitimidade dos partidos políticos atribuída pelo texto constitucional para a propositura deste *writ* coletivo encontra *ratio essendi* na função política exercida por estes entes e; (b) a exigência de representação no Congresso Nacional. Levando-se em consideração estes dois fatores, pode ser concluído que a legitimação dos Partidos Políticos nada tem a ver com os interesses coletivos ou individuais de seus membros e sim, para defesa de interesses da coletividade em geral⁴¹.

O texto normativo atual define que a legitimidade dos Partidos Políticos para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo fica restrita a “defesa de seus integrantes ou à finalidade partidária”. Encerra-se, portanto, a celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre esta questão. Esta, inclusive, já era a posição que vinha sendo assumida pelo Supremo Tribunal Federal anteriormente ao advento da legislação que atualmente regula este *writ* coletivo⁴².

É relevante que fique esclarecido que não se está afirmando que o Partido Político deva ficar atrelado, na sua legitimação para este *writ* coletivo, à defesa de interesses legítimos relativos tão somente aos seus integrantes, pois não se pode olvidar da referência normativa à *finalidade partidária*. Logo, a entidade partidária poderá impetrar Mandado de Segu-

41 In “Mandado de Segurança: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – Partidos políticos – Legitimidade *ad causam*”, **Revista de Processo**, v. 57, p. 156.

42 “Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança coletivo. Impugnação de exigência tributária. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07.04.2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do Mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido” (Recurso extraordinário n. 196184, rel. Min. Ellen Gracie, j. 27.10.2004).

rança Coletivo visando à proteção de direitos líquidos e certos, violados por atos de autoridade, mesmos que estes não pertençam especificamente aos seus filiados, quando esta matéria estiver em consonância com os seus fins institucionais, constituindo objeto programático desta agremiação.

Esta tem sido a linha traçada pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça, quando é incitado a enfrentar a problemática da amplitude da legitimidade ativa dos Partidos Políticos para o *mandamus* coletivo. Trazemos à colação, à guisa de exemplificação, decisão proferida por esta Corte de Justiça no julgamento de Mandado de Segurança Coletivo impetrado por Partido Político, que tinha por escopo discutir a legalidade da reserva de vagas em número diferenciado para homens e mulheres em concurso público. Em acórdão relatado pelo Ministro Américo Luz, foi reconhecida a ilegitimidade da entidade partidária, sob o argumento de que interesses individuais não devem, neste âmbito, ser avocados pelos Partidos Políticos, pois sua atuação neste campo não tem tal amplitude⁴³.

4.2. Legitimidade das organizações sindicais, entidades de classe e associações

A concepção constitucional do Mandado de Segurança Coletivo foi, em muito, inspirada na figura processual norte-americana das *class actions*, de forma que não poderiam restar excluídas de sua utilização as mais destacadas espécies associativas criadas com escopo de proteção de direitos coletivos, que são as organizações sindicais, as entidades de classe e as associações. Conforme ressaltado anteriormente, a atuação das entidades associativas na impetração do Mandado de Segurança Coletivo é hipótese de legitimidade autônoma, ou seja, especial, própria ou extraordinária, entendida como tal a atuação em nome próprio, embora buscando a afirmação de direito ou interesse alheio. Não há coincidência entre

43 Recurso Especial n. 1248-0/MA, 2ª Turma, j. em 02.06.1993: “Mandado de segurança coletivo. Partido político. Ilegitimidade de parte. Reconhecimento. Os interesses individuais não devem ser avocados pelos partidos políticos, quando no uso só mandado de segurança coletivo, pois a sua atuação nesse campo não tem amplitude que pretendem. O mesmo ocorre com os sindicatos e outras entidades associativas”. Nos fundamentos do voto-condutor do acórdão, o Min. Relator trouxe à colação argumentação anteriormente ofertada em feito que apresentava problemática semelhante quanto ao âmbito de dimensão da aceitação de impetração de segurança coletiva por entidade partidária, pormenorizando os seus fundamentos: “*diz a Constituição que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por ‘partido político com representação no Congresso Nacional’ (art. 5º, LXX, ‘a’)*. O texto, como se depreende, é muito singelo. Para bem interpretá-lo impõe-se que se tenham presentes outros preceitos atinentes à matéria” e mais adiante esclarece pontualmente sob a causa posta em julgamento: “*tal pedido consubstancia, segundo se depreende dos seus termos, direitos subjetivos individuais homogêneos, de beneficiários da previdência social. Não se trata, pois, de direitos subjetivos ou interesses atinentes à finalidade partidária. Daí que, a meu ver, o impetrante não tem legitimação ad causam para requerer esta impetração*”.

os sujeitos da relação material e o titular da legitimidade processual, de forma que alguém comparece em juízo para defender em nome próprio interesse alheio. Na síntese precisa formulada por Lourival Gonçalves de Oliveira: *“a legitimação extraordinária conferida ao substituto processual não é, como na regra, fundada no interesse material deste, dependendo do resultado que se venha atribuir a interesse material do substituído. Ela é decorrente de outra relação na qual o substituto é institucionalmente destinado à satisfação de interesses comuns de seus substituídos. Nestes termos, não vem pela substituição para defender a obtenção do interesse próprio, dependente da satisfação do interesse dos substituídos, mas única e tão-somente pretender o sucesso daquele”*⁴⁴.

Não se deve confundir esta legitimação com aquela prevista no art.5º, XXI, da Constituição Federal, que estabelece a possibilidade de as entidades associativas agirem em nome de seus associados, pois neste caso trata-se de mera representação, ou seja, situação onde a entidade está atuando em juízo para a defesa de interesses alheios e em nome alheio, caso que, inclusive, exige a prévia autorização específica de seus membros.

Entendida a questão nestes termos, o requisito da prévia autorização dos membros da associação, indicado no parágrafo único do art. 2º-A, da Lei n. 9.494/97 – *“nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”* - não tem aplicabilidade a esta espécie de writ coletivo⁴⁵. Esta disposição trata de casos em que a entidade associativa atua como representante dos interesses dos seus associados.

O entendimento no sentido de que a atuação das associações para a utilização no Mandado de Segurança Coletivo deve ser considerada como

44 "Interesse processual e mandado de segurança coletivo", **Revista de Processo**, v. 56, p. 82. E o autor explica: *“este entendimento é perfeitamente aplicável no exame. A substituição no Mandado de Segurança Coletivo permite verificar o interesse material do substituído substanciado na defesa da categoria pelos sindicatos da classe por sua entidade ou do atendimento da destinação estatutária das associações, enquanto promova a satisfação dos interesses dos substituídos”*.

45 Neste sentido o seguinte acórdão do STJ: *“Penal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Autorização expressa de seus associados, dispensável. Incidência da súmula 266/STF. Agravo conhecido e parcialmente provido. 1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em Mandado de Segurança Coletivo, dispensa-se a autorização expressa ou a relação nominal dos associados substituídos, uma vez que as associações atuam em regime de substituição processual autônoma. 2. “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese” (Súmula 266/STF). 3. Agravo regimental conhecido e parcialmente provido para afastar a obrigatoriedade de autorização expressa ou a relação nominal dos associados no caso de Mandado de Segurança Coletivo”*. (STJ, 5ª Turma, Ag. Reg. No RMS 15854/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 29.09.2009).

forma de ‘legitimidade extraordinária’ já vinha consignada no verbete da Súmula nº 629 do STF, nos seguintes termos: “*A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes*”⁴⁶.

A expressão ‘organizações sindicais’ compreende os sindicatos, as federações e confederações sindicais, tanto de empregadores como de empregados do setor privado ou público. A legitimidade atribuída a essas entidades para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo está em consonância com a atribuição que lhe é taxada pelo texto constitucional, no seu art. 8º, III, ao estabelecer que “*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas*”.

As entidades de classe são associações que congregam profissionais vinculados a determinada atividade, ficando sua legitimidade para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo restrita à defesa dos interesses dos membros da categoria⁴⁷.

Tanto no caso das entidades sindicais, como nas entidades de classe, não há vinculação ao requisito da prévia constituição há um ano, pois nestes existe certo rigor formal em relação a sua criação, o que tornaria muito improvável que estes viessem a ser constituídos apenas para obter a legitimação para a utilização do Mandado de Segurança Coletivo.

O writ coletivo pode ser utilizado para a defesa dos interesses de apenas parte dos associados ou membros do impetrante (art. 21, II, da Lei n. 12.016/2009). Segue-se, assim, o entendimento manifestado no verbatim da Súmula n. 630 do STF: “*a entidade de classe tem legitimidade para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse*

46 Angélica Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, sob a natureza da legitimidade especial para a impetração do Mandado de Segurança, observam ainda: “*no que diz respeito à tutela dos interesses individuais homogêneos, pode-se, com alguma propriedade, falar em substituição processual, mas, ainda assim, deve-se ter presente a regra do § 2º, do art. 103, consistente em que, se os indivíduos, isoladamente considerados, não tiverem intervindo no processo como litisconsortes, poderão propor ação de indenização a título individual, de tal sorte que, também aqui, o regime não é propriamente o da substituição processual, regido pelo CPC. Na verdade, não é possível transpor livremente os conceitos do processo individual para o processo coletivo, especialmente no tocante à legitimidade*” (**Aspectos do mandado de segurança coletivo no Direito Tributário. Tutela Jurisdicional Coletiva**, Coord. Fredie Didier Jr e José Henrique Mouta, Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 20).

47 Este entendimento já vinha sendo perfilhado pelo STJ: “*Recurso ordinário – Mandado de Segurança Coletivo – Impugnação ao edital de concurso – Sindicato de Servidores ativos e inativos – legitimidade ativa. I – Na hipótese dos autos, o alegado direito líquido e certo não está compreendido na titularidade dos associados do sindicato ou seja, a pretensão do recorrente – invalidação de edital de concurso – é alheia aos interesses dos associados que o integram. II – Não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo o sindicato que defende interesses alheios aos de seus associados. III- Recurso ordinário desprovido*” (RMS 16753/PA, Relator Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 07.03.2006).

apenas a uma parte da respectiva categoria". Alexandre Freitas Câmara, ao analisar este aspecto do *mandamus* coletivo, adverte *"para que a entidade seja legitimada, é absolutamente fundamental que o interesse que ela defende em juízo, e que é de uma parte dos integrantes da categoria, não seja contrário aos interesses dos demais integrantes da mesma categoria. E isso se diz porque não seria admissível que uma entidade de classe, a pretexto de defender uma parte de seus filiados, praticasse atos que fossem prejudiciais aos outros interesses de outros filiados seus"*⁴⁸. Concordamos integralmente com a lição do referido jurista, pois somente com a adoção de tal postura hermenêutica se alcançará a adequada efetividade da atuação das entidades de classe nestas hipóteses⁴⁹.

A referência às "associações" tem caráter residual, compreendendo todas as demais formas associativas que ficam abrangidas pela regra constitucional da liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII: *"é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar"*), constituindo-se pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos (art. 53 do Código Civil). No caso destas entidades deve ser observado o requisito da constituição há pelo menos um ano.

É oportuno apontar que existe na doutrina alguma divergência sobre a possibilidade do requisito da prévia constituição e funcionamento há pelo menos um ano vir a ser dispensado, como ocorre em relação à outra importante demanda de tutela de direitos coletivos, que é a ação civil pública. Tem predominado no cenário doutrinário a visão mais restritiva desta imposição de prévia constituição, como norma impositiva e sem viabilidade de ser flexibilizada; corrente esta a qual nos filiamos, pois o silêncio encontrado tanto em sede de dicção constitucional como em nível de legislação infraconstitucional merece ser compreendido como negativa de se atribuir ao magistrado a discricionariedade de dispensa da expressa exigência normativa de prévia constituição da associação⁵⁰.

48 *Manual do Mandado de Segurança*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 377.

49 O STJ tem trilhado este entendimento. Vejamos o seguinte acórdão, proferido no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 23.868/ES, da lavra da Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 17.08.2010: *"Recurso ordinário. Mandado de segurança. Processual civil. Sindicato de servidores públicos federais. Defesa de direitos individuais homogêneos de parte da categoria. Prejuízo de parcela dos sindicalizados. Ilegitimidade ativa. Precedentes. 1. Os sindicatos têm legitimidade ativa para, como substituto processual, demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais de seus filiados, desde que se cuide de direitos homogêneos que tenham relação com seus fins institucionais. 2. Na hipótese, contudo, de defesa de interesses de parcela da categoria, em prejuízo de parte dos servidores filiados, não há falar em legitimidade da entidade de classe para impetrar mandado de segurança coletivo, ante a inexistência de nítido conflito de interesses. 3. Recurso ordinário improvido"*.

50 Cabe aqui trazer à colação a lúcida lição de Alexandre Freitas Câmara, ao ensinar que: *"o silêncio da Lei n. 12.016/2009 deve ser interpretado no sentido da impossibilidade de dispensa do requisito da pré-constituição da*

4.3. O requisito da pertinência temática

Ainda dentro da análise da legitimidade ativa para a utilização do *mandamus* coletivo, impõe-se o enfrentamento do requisito da pertinência temática.

De acordo com o disposto na parte final do artigo 21, da Lei n. 12.016/2009, para que os entes que recebem legitimidade extraordinária para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo possam atuar é indispensável a ocorrência de pertinência temática, ou seja, que exista uma correspondência do interesse que se pretende tutelar por meio da ação coletiva e os fins institucionais da entidade associativa em questão (finalidade, programa, objetivo institucional)⁵¹.

Esta restrição está de acordo com a melhor forma de instrumentalização racional das demandas coletivas, pois se coaduna perfeitamente com a presença da legitimação processual extraordinária, valoriza a especialização da associação, que possui maior conhecimento específico para lidar com a matéria debatida na lide e limita a possibilidade de desvio de finalidade da entidade associativa.

Note-se que não há necessidade de a associação conter em seu estatuto previsão própria que lhe autoriza o manuseio do Mandado de Segurança Coletivo em juízo, pois esta legitimação é atribuída pelo texto constitucional. O que se exige é que o objeto da demanda coletiva guarde afinidade com os fins da entidade impetrante.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apreendido nas linhas introdutórias, o presente ensaio motivou-se pelo escopo de analisar dois dos pontos de maior relevância

associação para que impetre mandado de segurança. Pensar de outro modo implicaria desprezar o fato de que a lei é posterior a todos os diplomas normativos que admitiram tal dispensa em outras hipóteses, igualando fontes normativas substancialmente distintas. Ademais, são tantos os outros legitimados ativos para a impetração do mandado de segurança coletivo que o fato de não poder a associação demandar certamente deixará o interessado que se quer ver tutelado receber proteção por iniciativa de outro legitimado” – Manual do mandado de segurança, São Paulo: Atlas, 2013, p. 380.

51 Em sentido diverso, mostrando uma visão mais flexível sobre a necessidade de pertinência temática, Fernando da Fonseca Gajardoni entende que *“o objeto do writ não precisa estar diretamente atrelado ao objetivo institucional da entidade. Basta que tenha relação com o móvel organizacional e pronto: os direitos dos filiados podem ser defendidos pelo mandado de segurança coletivo. Assim, embora não se afaste a pertinência temática – como era sustentado por alguns, sob o fundamento de que o direito a ser tutelado era dos associados, independentemente dos fins da entidade – admite-se que o mandado de segurança coletivo se preste para a tutela de direitos que não sejam próprios, característicos da categoria” (Comentários à nova lei de Mandado de Segurança, São Paulo: Ed. Método, 2009, p. 100).*

do Mandado de Segurança Coletivo, pertinentes à identificação do conteúdo que lhe serve de objeto e a determinação da atuação de seus titulares.

Apesar da regulamentação trazida por meio da Lei n. 12.016/2009, a problemática da definição do conteúdo do Mandado de Segurança Coletivo ainda continua rendendo frutos. É indiscutível a sua pertinência para a tutela dos direitos coletivos em sentido estrito e para aos ditos direitos individuais homogêneos, mas ainda reverbera a discussão sobre a viabilidade de este *writ* vir a servir para a proteção dos direitos difusos. Ponderando os posicionamentos da doutrina e da praxis dos tribunais, defendemos a inadequação do *mandamus* coletivo para a tutela destes direitos que consideramos incompatíveis com os estreitos requisitos e limites procedimentais que lhe são atribuídos em nosso esquema jurídico.

De outro lado, a discussão sobre a legitimidade ativa para o Mandado de Segurança Coletivo deve ficar atrelada às entidades que receberam expressamente a outorga constitucional para a sua utilização. Acreditamos que a legislação atual ajudou a formatar com maior clareza a titularidade ativa para esta demanda coletiva, de forma mais consentânea com o seu papel de verdadeira garantia constitucional, dirigida a fins específicos.

Conhecedores de nossas limitações, encerramos este breve estudo com a esperança de termos contribuído de alguma forma para o indispensável e permanente diálogo jurídico sobre este tão importante instrumento processual de tutela coletiva. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvim, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. **Aspectos do mandado de segurança coletivo no Direito Tributário. Tutela Jurisdicional Coletiva**, Coordenadores: Fredie Didier Jr e José Henrique Mouta, Salvador: Editora Juspodium, 2009, p. 20.

Barroso, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. **Mandado de Segurança**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Benjamin, Antonio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**, Coordenadores: Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha e Tiago Asfor Rocha Lima, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 01, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ "A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: art. 5º, LXX, da CF/88", **Revista de Processo**, v. 88, out-1997, p. 185.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**, São Paulo: Atlas, 2013.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. "Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo". **Revista de Processo**, v. 203, jan/2012, p. 121.

CAPPELLETTI, Mauro. "Acesso à Justiça". **Revista do Ministério Público**, n.18, p. 09.

CARNEIRO, Daniel Zanetti Marques, "Mandado de Segurança: considerações pontuais sobre a recém-editada Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009", **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 80, p. 16.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Manual de Processo Coletivo, Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo**, 2ª ed., Curitiba: Juruá Editora, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**, v. 4, Salvador: Ed. Podivm, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários à nova lei do Mandado de Segurança**, São Paulo: Ed. Método, 2009.

GOMES JUNIOR, Luiz Manuel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto." **Revista de Direito Público**, nº 93, jan-mar/90, p. 20.

_____ **Mandado de segurança coletivo**, Doutrinas essenciais de Processo Civil, v. 9, São Paulo: RT, 2011, p. 233.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOMEZZO, Marta Casadei. **Mandado de segurança coletivo: aspectos polêmicos**. São Paulo: Ltr, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. "Mandado de Segurança: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante nas constituições anteriores – partidos políticos – legitimidade ad causam," **Revista de Processo**, v. 57, p. 151.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. "Interesse processual e mandado de segurança coletivo". **Revista de Processo**, v. 56, p. 78.

OST, François. **Entre Droit et non Droit: "l'intérêt- Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en Droit Privé. Bruxelles."** Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990.

REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. **Mandado de Segurança, comentários à Lei 12.016/2009**, São Paulo: Ed. Método, 2009.

ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. "Aspectos polêmicos do Mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso?" **Revista de Processo**, v. 203, jan-2012, p. 39.

SILVA, Ovídio Baptista. "Mandado de segurança – meio idôneo para a defesa de interesses difusos?" **Revista de Processo**, v. 60, out/1999, p. 131.

TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança**, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TESHEINER, José Maria. "Ainda precisamos do mandado de segurança?" **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 18, n. 69, Editora Fórum, p. 07.

TUCCI, Rogério L.; TUCCI, José Rogério Cruz. **Constituição de 1988 e Processo**, São Paulo: Saraiva, 1989.

VIGLIAR, José Marcelo de Menezes. **Ação Civil Pública**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 1999.

VITTA, Heraldo Garcia. **Mandado de segurança de acordo com as novas súmulas do STF**. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. "O mandado de segurança na disciplina da Lei n. 12.016, de 07.08.2009", **Revista de Processo** v. 177, p. 205.

ZANETI JR, Hermes. **O novo mandado de segurança coletivo**, Salvador: Editora JusPodivum, 2013.

ZAVASKI, Teori Albino, **Comentários à nova lei do mandado de segurança**, Coordenadores: Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha e Tiago Asfor Rocha Lima, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____ **Antecipação da Tutela**. 3ª ed. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2000.

_____ "O Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos." **Revista do MPRGS**, n. 23, p. 39.

ZUFELATO, Camilo. "Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo – uma análise a partir do microsistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes." **Revista de Processo**, v. 203, jan/2012, p. 321.

Não Realização de Audiência de Custódia Gera Defeito Processual Insanável, Sendo Necessário Revogar Medida(s) Cautelar(es) Fixada(s) sem Possibilidade de Exercício do Contraditório

Luiz Eduardo Cani

Advogado criminalista e consultor jurídico, especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC).

RESUMO: Neste artigo aborda-se a necessidade de realização de audiência de custódia no processo criminal brasileiro a partir de uma análise de complementariedade do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com o Código de Processo Penal e demonstra-se porque deve(m) ser revogada(s) medida(s) cautelar(es) fixada(s) quando não realizado esse ato processual em razão de defeito (nulidade) insanável do ato processual. A hipótese é que a apresentação do preso e o exercício do contraditório são condição de possibilidade para a análise do auto de prisão em flagrante e fixação de medida(s) cautelar(es). O método é o dedutivo, porque se parte dessa última afirmação para verificá-la através da análise das especificidades do tema, e o comparativo sincrônico, porquanto compara-se o instituto ao Código de Processo Penal, para demonstrar a compatibilidade com a análise do auto de prisão em flagrante.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia. Defeito. Nulidade. Medidas cautelares. Revogação.

1. INTRODUÇÃO

Em 24 de janeiro de 1992 o Brasil depositou a carta de adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Em 6 de julho daquele ano foi promulgado o Decreto n.º 592, em que o Estado brasileiro comprometeu-se a cumprir inteiramente o Pacto (art. 1º). Em 25 de setembro de 1992 o Brasil depositou a carta de adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de *San José* da Costa Rica. Em 6 de novembro daquele ano foi promulgado o Decreto n.º 687, em que o Estado brasileiro comprometeu-se a cumprir inteiramente o Pacto (art. 1º).

O direito de toda pessoa detida ou retida de ser levada, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade com funções judiciais está previsto no art. 7º, item 5, do Pacto de *San José* da Costa Rica e também no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. O ato processual destinado à garantia desse direito é denominado audiência de custódia.¹

Apesar da introdução da audiência de custódia no processo criminal brasileiro através desses Pactos internacionais, apenas no mês de fevereiro do ano de 2015 o Brasil iniciou a implantação do instituto, através do Projeto Audiência de Custódia, fruto da parceria entre o Ministério da Justiça, o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo².

A delimitação do tema neste artigo é a consequência da fixação de medida(s) cautelar(es) sem a realização de audiência de custódia e a pergunta a ser respondida é: o que deve ser feito quando são fixadas medidas cautelares sem a apresentação do preso (ato processual defeituoso³)?

1 A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nessa ocasião, (i) se façam cessar eventuais atos de maus-tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. In: LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. "Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

2 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

3 Aury Lopes Jr. propõe a superação das categorias nulidade absoluta e nulidade relativa por ato processual defeituoso sanável e insanável, cuja análise deve sempre partir da estrutura de garantias constitucionais. In: LOPES JR., Aury. "Sistema de nulidades *a la carte* precisa ser superado no processo penal". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

A hipótese é que a realização da audiência de custódia é condição de possibilidade da análise do auto de prisão em flagrante e da aplicação de medidas cautelares. Por isso, quando não for realizada audiência de custódia é necessário revogar a(s) medida(s) cautelar(es) fixadas, por ser irrepetível o ato e, portanto, insanável o defeito.

O objetivo geral é demonstrar que a fixação de medida(s) cautelar(es) sem realizar a audiência de custódia gera defeito insanável por violação ao princípio do contraditório e ao prazo de 24 horas para apresentação do preso. Os objetivos específicos, destinados a atingir essa finalidade, são: 1) analisar a internalização da audiência de custódia no processo criminal brasileiro por meio de tratados internacionais; 2) demonstrar a compatibilidade entre a audiência de custódia e a análise do auto de prisão em flagrante; e 3) demonstrar por que a revogação da(s) medida(s) cautelar(es) é necessária quando for(em) fixada(s) sem a realização da audiência de custódia.

O trabalho se justifica por romper com o *sensu comum teórico* dos juristas (Luis Alberto Warat), o que quer dizer: “[...] desvendar ‘as obviedades’ do óbvio, bem como a denunciar o processo de construção/produção desse tipo de discurso”⁴. E, conseqüentemente, contribuir para a filtragem constitucional (Clèmerson Merlin Clève) do processo criminal.

Os métodos de abordagem são o dedutivo, partindo da hipótese como formulação geral a ser verificada a partir da análise das especificidades do tema, e o comparativo sincrônico, para verificar a compatibilidade entre o instituto da audiência de custódia e a análise do auto de prisão em flagrante; os métodos de procedimentos são o bibliográfico, a categoria e o conceito operacional. As fontes pesquisadas serão primárias (Constituição, Código de Processo Penal e pactos internacionais) e secundárias (bibliográficas).

2. INTERNALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO CRIMINAL BRASILEIRO

A Constituição foi alterada através da edição da Emenda Constitucional n.º 45/04 para, dentre outras coisas, equiparar os tratados internacionais sobre direitos humanos às emendas à Constituição, desde que aprovados pelo Congresso Nacional com a mesma solenidade.

4 STRECK, Lenio Luiz. "A revelação das 'obviedades' do sentido comum e o sentido (in)comum das 'obviedades' reveladas". In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

As cartas de adesão ao Pacto de *San José* da Costa Rica e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foram depositadas ainda em 1992 e os respectivos decretos foram promulgados. Inobstante a adesão aos Pactos ter ocorrido 12 anos antes da aprovação da Emenda Constitucional n.º 45/04, o Congresso Nacional não os ratificou de acordo com o procedimento e o quórum previstos no § 3º do art. 5º da Constituição.⁵

Com o início da vigência dessa Emenda surgiram as discussões sobre o *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados com a mesma solenidade que as Emendas à Constituição e/ou anteriores à Emenda à Constituição n.º 45/04 na hierarquia de normas.

Três teorias foram criadas: 1) os tratados têm *status* supraconstitucional; 2) os tratados têm *status* de Emenda à Constituição; 3) os tratados têm *status* de norma supralegal; e 4) os tratados têm *status* de lei ordinária.

A primeira teoria funda-se na noção de que as normas constitucionais não podem revogar tratados internacionais de direitos humanos por serem normas internacionais. Essa teoria pode ter validade em Estados cujos ordenamentos jurídicos não se fundem na supremacia da Constituição. No Brasil seria impossível adotar essa teoria, porquanto contraria uma série de normas constitucionais.

Representante da segunda corrente teórica, Valério de Oliveira Mazzuoli entende que tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil têm *status* de norma constitucional, em razão do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição não excluir os direitos humanos provenientes de tratados internacionais. Para ele, a não exclusão no texto constitucional implica a necessária inclusão⁶.

Além disso, o autor entende que a ausência de ressalva aos compromissos assumidos pelo Brasil antes da entrada em vigor do art. 5º, §

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

6 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. "O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". *Revista de Informação Legislativa*, v. 167, p. 93-114, 2005, p. 105.

3º, da Constituição permite que o Congresso Nacional a qualquer tempo atribua caráter de emenda constitucional aos tratados sobre direitos humanos⁷.

A teoria do *status* supralegal conferido a todos os tratados internacionais sobre direitos humanos foi firmada como corrente adotada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foi significativa a discussão no Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP⁸ sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, cuja decisão foi tomada por unanimidade.

No voto, o ministro Gilmar Mendes fez um apanhado geral sobre as quatro teorias referidas e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os tratados internacionais, antes de concluir pelo *status* supralegal dos tratados como o mais acertado. Merecem destaque:

[...] a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

[...]

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento da ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.⁹

A equiparação dos tratados às leis ordinárias é uma analogia entre os respectivos processos legislativos, pois em ambos os casos a com-

7 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 105.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em: 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

9 BRASIL. *Op. cit.*, p. 55.

petência para legislar é privativa da União (art. 22 da Constituição) e a ratificação dos tratados internacionais pelo Congresso Nacional era feita por maioria simples, a mesma solenidade exigida para a aprovação de lei ordinária.

Parece mais acertado dizer que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos têm, no mínimo, *status* supralegal, pois: 1) a não exclusão da equiparação no art. 5º, § 2º, da Constituição não pode implicar a inclusão. Isso seria ultrapassar os limites semânticos do texto; 2) a equiparação às Emendas à Constituição inexistia quando os Pactos foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro; e 3) a ratificação de tratados internacionais sempre foi mais solene do que a aprovação de leis ordinárias, mas com quórum para ratificação inferior ao exigido para a aprovação de Emendas à Constituição.

Para os fins deste trabalho, a teoria adotada não altera em nada a introdução da audiência de custódia no processo criminal brasileiro pelos Pactos referidos; a distinção fica apenas por conta do motivo da introdução do ato: 1) sendo o *status* de Emenda à Constituição, norma com *status* constitucional introduziu o ato no processo criminal brasileiro; 2) sendo o *status* supralegal, a introdução ocorreu através de norma supralegal; e 3) sendo o *status* de lei ordinária, a introdução foi realizada através de lei ordinária posterior, inclusive revogando eventual disposição legal em contrário (*lex posterior derogat legi priori*).

3. COMPATIBILIDADE ENTRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como dito anteriormente, a audiência de custódia está prevista no art. 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica:

Toda a pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.¹⁰

10 BRASIL. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

Bem como no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgado em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá ser condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.¹¹

Ambos os dispositivos determinam a condução, sem demora, do preso ao juiz ou outra autoridade com função judicial, que poderá determinar que aquele aguarde o julgamento em liberdade.

Antes de dizer algo sobre um texto, é necessário deixar que o texto diga algo (Hans-Georg Gadamer). A partir dessa lição, Lenio Streck explica que todo texto possui limites semânticos: os sentidos do texto têm limites e os limites têm sentidos¹².

Os limites semânticos dos dispositivos referentes à audiência de custódia são bem delimitados: trata-se de ato processual destinado à análise da legalidade da prisão e da necessidade e possibilidade de aplicação de medida(s) cautelar(es), sem estabelecimento de prazo para realização do ato.

O termo *outra autoridade* já causou discussões sobre a possibilidade de delegado de polícia ser a outra autoridade responsável pela realização da audiência de custódia. As justificativas seriam: 1) não realização de audiências de custódia por falta de condições materiais¹³; 2) necessidade de

11 BRASIL. **Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

12 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 115.

13 Roberto Tardelli, promotor de justiça aposentado, lembra que as condições já existentes são suficientes para implementar a audiência de custódia, mas em qualquer instância conservadora e reacionária: “[...]qualquer mudança assusta notadamente quem tem incorporado ares de anjo exterminador do Dragão da Impunidade.” In: TARDELLI, Roberto. “Minhas dúvidas quanto à audiência de custódia”. **Justificando**, São Paulo, 6 fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/06/minhas-duvidas-quanto-a-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

destinar efetivo para conduzir presos aos fóruns; 3) transformação dos fóruns em delegacias; e 4) a causa da superlotação carcerária é a falta de enfrentamento à ressocialização do preso.¹⁴

Certamente essa é uma interpretação que ultrapassa os limites do sentido do texto. Autoridade policial não é autoridade com função judicial. O fato de delegados de polícia poderem arbitrar fiança nos crimes cuja pena máxima não exceda 4 anos (art. 322 do Código de Processo Penal), após a edição da Lei n.º 12.403/11, não os conferiu função judicial para decidir sobre os próprios atos (analisar autos de prisão em flagrante). Além disso, são usados argumentos moralizantes e sociológicos, além de especulações.

Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr. são precisos ao identificar os reais motivos pelos quais os delegados de polícia não podem realizar a audiência de custódia: 1) a autoridade policial não tem, no Brasil, funções judiciais, apenas administrativas; e 2) a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi assentada na interpretação do art. 7º, item 5, em conjunto com o art. 8º, item 1, ambos do Pacto de San José da Costa Rica.¹⁵

Outra situação injustificável, se a pretensão fosse acatada, seria que os delegados de polícia passariam a lavrar os autos de prisão em flagrante, analisar a validade e aplicar medida(s) cautelar(es). Só aí metade da função de garantidor de direitos atribuída aos magistrados estaria fulminada. Quer dizer, parte da organização do Judiciário seria varrida do texto constitucional.

Outras críticas (?) frequentes dizem respeito à ausência de fixação de prazo para a realização da audiência de custódia, que supostamente inviabiliza a realização do ato, da mesma forma que a inexistência de procedimento expressamente previsto em lei. Supostamente, seria necessário editar lei para fixar o prazo e estabelecer o procedimento.

Com esses fundamentos, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) exerceu o direito de ação direta de inconstitucionalidade para que o Provimento Conjunto n.º 03/2015 seja declarado constitu-

14 SOUZA, Giselle. "Delegados dizem que eles próprios devem fazer audiência de custódia". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-29/delegados-dizem-eles-audiencia-custodia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

15 LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. "Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia?" (parte 2). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

cional. Para a entidade de classe, o provimento cria norma de direito processual, de competência exclusiva da União, e viola o princípio da separação do poder, pois caberia ao Executivo e não, ao Judiciário determinar a apresentação do preso no prazo de 24 horas.¹⁶

Trata-se de críticas equivocadas porque ignoram que a audiência de custódia se destina à análise da legalidade da prisão em flagrante e à análise da necessidade e possibilidade de aplicação de medida(s) cautelar(es); bem como porque ignoram a existência de procedimento no Código de Processo Penal para a análise do auto de prisão em flagrante e também para análise do cabimento de medidas cautelares.

Márcio Berclaz teceu duras críticas às justificativas apresentadas para não realizar a audiência de custódia, explicando ser difícil identificar a instituição mais negligente do papel constitucional de fiscalizar a legalidade das prisões em flagrante: se o Ministério Público, ao deixar de efetuar o controle externo da atividade policial, ou se o Judiciário, ao ignorar os efeitos da decisão para tentar *consertar* flagrantes ilegais e malfeitos. Termina a crítica arrematando:

Motivos de ordem pragmática é que, definitivamente, não podem impedir essa proposta de prosperar. A necessidade de acabar com o descontrole de legalidade da prisão em flagrante (e, pasme-se, ainda há operadores do direito que confundem revogação com relaxamento de prisão), há de falar mais alto e mais forte, mesmo numa sociedade que, antes de pretender afastar uma imaginária "impunidade" no país que tem a quarta maior massa carcerária do mundo, precisa ter consciência de que se precisa de menos Estado Penal e Processual Penal Mínimo e mais Estado Social, realizador de políticas públicas que propiciem diminuição de desigualdades.¹⁷

16 BORBA, Juliana. "Delegados apresentam ADI no Supremo contra audiência de custódia". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/delegados-entram-adi-audiencia-custodia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

17 BERCLAZ, Márcio. "Quem tem medo da 'audiência de custódia' como alternativa ao (des)controle das prisões em flagrante?" **Justificando**, São Paulo, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/23/quem-tem-medo-da-audiencia-de-custodia-como-alternativa-ao-descontrole-das-prisoas-em-flagrante/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

Em suma, os art. 304 e 307 do Código de Processo Penal¹⁸ estabelecem formalidades para que a autoridade policial lavre o auto de prisão em flagrante; no art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal¹⁹ foi estabelecido o prazo de 24 horas para remeter o auto de prisão em flagrante para o juízo competente, que deverá analisá-lo e tomar alguma das providências descritas no art. 310 do Código de Processo Penal²⁰: relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos, ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.²¹

Após a alteração das medidas cautelares por meio da Lei n.º 12.403/11²², a prisão preventiva passou a ser a exceção, cabível apenas quando não puder ser substituída por outra(s) medida(s), conforme disposto no muitas vezes ignorado art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal²³.

Importante lembrar que a aplicação de medidas cautelares deve ocorrer sempre mediante requerimento, pois a atuação do julgador, sem

18 Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.
[...]

Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.
BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

19 Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.
Idem, ibidem.

20 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.
Idem, ibidem.

21 Aury Lopes Jr. e Caio Paiva explicam que apenas a remessa do auto de prisão em flagrante não supre a necessidade de apresentação do preso. In: LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Op. cit.*

22 BRASIL. Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

23 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

provocação, viola o princípio dispositivo e fulmina o alheamento do julgador ao caso (imparcialidade).

A sistemática extraída desses dispositivos aponta para uma análise em três níveis a ser feita pelo julgador: 1) inicialmente é necessário analisar o auto de prisão em flagrante para homologá-lo ou não; 2) sendo homologado, é necessário analisar se é ou não cabível a aplicação de medida cautelar; e 3) sendo cabível a aplicação de medida cautelar, é necessário aplicar a(s) medida(s) observando o princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).

Não sendo homologado o auto de prisão em flagrante, é necessário relaxar a prisão em flagrante, podendo o Ministério Público requerer a prisão preventiva. Não sendo cabível a aplicação de medida cautelar, é necessário liberar o preso, com ou sem fiança. Sendo aplicáveis medidas cautelares diversas da prisão preventiva, é necessário aplicá-las e liberar o preso.

Sendo de 24 horas o prazo para encaminhar os autos ao julgador e estando todos esses critérios já estabelecidos no Código de Processo Penal, o que mais seria necessário regulamentar através de lei? Não há que se falar em editar lei para estabelecer procedimento já previsto em lei. Basta uma interpretação sistemática dos dispositivos!

4. É NECESSÁRIO REVOGAR MEDIDA(S) CAUTELAR(ES) FIXADA(S) SEM REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, POR SER INSANÁVEL O DEFEITO DO ATO PROCESSUAL

Anteriormente fora dito que a audiência de custódia é condição de possibilidade para a análise do auto de prisão em flagrante, que é feita em três níveis.

Quando o preso não é conduzido à presença do julgador, este analisa apenas o papel e, com base nos autos, julga um completo estranho. Assim o acusado e também o defensor ficam impossibilitados de se manifestarem sobre a prisão e sobre o cabimento de fixação de medidas cautelares. Não é incomum o acusado ser solto após a audiência de instrução, porque é constatado que não se trata do crime imputado ou que não há elementos suficientes para embasar a denúncia.²⁴

24 Com a implementação da audiência de custódia: "Não se tratará mais do "criminoso" que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente,

Exatamente por isso que os resultados do início da realização de audiências de custódia foram espantosos: quase metade das pessoas presas em flagrante foram postas em liberdade com ou sem aplicação de medidas cautelares diversas.²⁵

Considerando tudo isso é possível confirmar a afirmação de que a audiência de custódia é condição de possibilidade da análise da prisão em flagrante e fixação de medida(s) cautelar(es). A não realização da audiência implica defeito do ato, insanável, devendo ser revogada(s) a(s) medida(s) cautelar(es) fixada(s), por não proporcionar ao imputado o exercício do direito ao contraditório.²⁶

Antes de analisar as consequências disso, é necessário lembrar, com Alexandre Morais da Rosa, que:

*[...] o regime de nulidades do CPP (artigos 563-573), além de ultrapassado, é confuso[1]. Adota a compreensão mitológica da verdade substancial (CPP, artigo 566, bem criticada por Salah Khaled Jr.), possui dispositivos revogados noutros locais do próprio CPP (artigo 564, III, "a", "b", "c", III), bem como indica compreensão civilista, incompatível com o devido processo legal substancial, da ausência de prejuízo — **pas nullité sans grief** (CPP, artigo 563). A ausência de prejuízo é um estelionato processual. Sempre. Assim é que, superada a*

em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação." In: LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. "Final, quem tem medo da audiência de custódia?" (parte 1). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

25 Em São Paulo, no primeiro mês após a implementação da audiências de custódia, dos 428 presos, 256 permaneceram presos e 172 foram soltos. In: CONSULTOR JURÍDICO. "Audiências de custódia libertam 40% dos presos em flagrante em um mês." **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/audiencias-custodia-libertam-40-presos-flagrante-mes>>. Acesso em: 10 jul. 2015. No Espírito Santo, de 77 prisões analisadas na data da implementação da audiência de custódia, 1 teve o flagrante relaxado, 32 foram presas preventivamente, 26 foram postas em liberdade sem a fixação de outras medidas cautelares e 18 foram postas em liberdade com monitoramento eletrônico. In: CONSULTOR JURÍDICO. "Estreia de audiências de custódia no ES mantém prisão de 41% dos acusados." **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/estreia-audiencias-custodia-es-mantem-41-prisoese>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

26 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

distinção arbitrária e sem sentido, todas as hipóteses de violação ao devido processo legal substancial serão declaradas nulas[2], manejando-se a noção de doping, conforme sublinhei no livro A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal.²⁷

As categorias nulidade absoluta e nulidade relativa criam uma série de problemas no processo penal. Aury Lopes Jr. explica que:

[...] existe uma errônea importação de categorias do processo civil (mais uma fatura da Teoria Geral do Processo), que distingue (ilusoriamente) as nulidades absolutas das relativas a partir na natureza da norma (tutela de interesse público ou privado); conhecimento ou não de ofício; possibilidade ou não de convalidação e a necessidade ou não de demonstração de prejuízo.²⁸

Segundo o autor, essas distinções ignoram que: 1) no processo criminal forma é garantia, pois limita o poder; 2) as normas de direito processual são de direito público, não havendo interesse privado em discussão; 3) no processo criminal o julgador é de guardião dos direitos e garantias fundamentais; 4) o tempo não possui o condão de convalidar o que é inválido, ou seja, é inadequada a preclusão para alegação de nulidade; e 5) a exigência de prova do prejuízo nas ditas nulidades relativas torna a nulidade dos atos processuais um produto da consciência do julgador.²⁹

Dito isso, necessário também pontuar que o art. 564, IV, do Código de Processo Penal³⁰ prevê a nulidade do ato realizado com omissão de formalidade que constitua elemento essencial. Trata-se de hipótese fun-

27 ROSA, Alexandre Morais da. "Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

28 LOPES JR., Aury. *Op. cit.*

29 LOPES JR., Aury. *Op. cit.*

30 Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

dada na busca por essências, ou seja, orientada pela metafísica.³¹ Melhor, portanto, utilizar o termo *condição de possibilidade*.

Essa hipótese de defeito, entendida como decorrente da omissão de condição de possibilidade do ato, aplica-se aos casos de não realização da audiência de custódia no momento em que o auto de prisão em flagrante é analisado nos três níveis, descritos acima.

Supostamente, trata-se de defeito sanável do ato processual, cuja convalidação ocorreria nas hipóteses previstas no art. 572, I a III, do Código de Processo Penal.³²

Ocorre que, havendo prazo estabelecido para encaminhar o preso para realização da audiência de custódia e não sendo essa realizada no prazo de 24 horas, estabelecido no Código de Processo Penal, impossível refazer o ato defeituoso.

Além disso, também é impossível ignorar que a não realização da audiência de custódia inviabiliza que o imputado e o defensor manifestem-se, ou seja, viola o princípio constitucional do contraditório. Ignorar o direito constitucional ao contraditório é, em última análise, negar validade à Constituição.

O imputado não pode ser responsabilizado pela desídia do Estado com o descumprimento de normas. O Estado cria normas (inclusive as normas constitucionais), estabelecendo obrigações para si e para os cidadãos. Não pode, depois de criar as obrigações para si, imputar aos cidadãos a responsabilidade pelo próprio descumprimento.

Se o Estado não realiza a audiência de custódia no prazo de 24 horas e o julgador fixa medida(s) cautelar(es), o ato processual não pode ser refeito, durante audiência de custódia designada posteriormente, porque ultrapassa o prazo fixado no Código de Processo Penal. Sendo a realização da audiência condição de possibilidade para a análise do auto de prisão em flagrante e a fixação de medida(s) cautelar(es), a homologação do auto e a fixação de medida(s) sem a apresentação do preso causa defeito insanável.

31 Lenio Streck explica que “[...] metafísica é a pretensão a uma verdade absoluta.” In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 258.

32 Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

A única solução, obviamente, é determinar a revogação das medidas cautelares eventualmente fixada(s) ao arripio do contraditório.

Nada impede, porém, que o Ministério Público requeira a fixação de medida(s) cautelar(es) após a revogação das anteriores, desde que, obviamente, produza a prova dos requisitos necessários para o cabimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

a) A audiência de custódia foi introduzida no processo criminal brasileiro através da ratificação do Pacto de *San José da Costa Rica* e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;

b) A internalização da audiência de custódia através da ratificação desses tratados independente do *status* conferido aos tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores ao início da vigência do § 3º, do art. 5º, da Constituição e/ou ratificados sem o procedimento previsto nesse dispositivo;

c) No Brasil, apenas os magistrados são competentes para realizar as audiências de custódia;

d) A audiência de custódia, nos termos previstos nos Pactos, é compatível com a análise do auto de prisão em flagrante, prevista nos art. 304, 306, 307 e 310, todos do Código de Processo Penal, devendo o preso ser apresentado ao julgador competente no prazo de 24 horas, previsto no art. 306, § 1º para o encaminhamento do auto de prisão em flagrante;

e) Não é necessário criar lei para regulamentar a audiência de custódia, bastando uma interpretação sistemática dos dispositivos;

f) A análise do auto de prisão em flagrante deve ser feita em três níveis: a) análise da legalidade da prisão em flagrante; b) análise do cabimento de medida(s) cautelar(es); e c) aplicação de medida(s) cautelar(es), se for o caso.

g) A audiência de custódia é condição de possibilidade para a análise do auto de prisão em flagrante em três níveis;

h) As categorias nulidade absoluta e nulidade relativa criam uma série de problemas no processo penal, que favorecem o decisionismo para definir quando a nulidade causou ou não prejuízo ao imputado;

i) Sendo 24 horas o prazo para apresentação do preso para realizar a audiência de custódia, a apresentação após esse período causa defeito insanável do ato processual;

j) Não sendo o preso apresentado para o julgador competente realizar a audiência de custódia no prazo de 24 horas, é necessário revogar medida(s) cautelar(es) fixada(s); e

k) Ainda assim, pode o Ministério Público requerer a fixação de nova(s) medida(s) cautelar(es) desde que prove a aplicabilidade. ❖

REFERÊNCIAS

BERCLAZ, Márcio. "Quem tem medo da 'audiência de custódia' como alternativa ao (des)controle das prisões em flagrante?" **Justificando**, São Paulo, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/23/quem-tem-medo-da-audiencia-de-custodia-como-alternativa-ao-descontrole-das-prisoes-em-flagrante/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BORBA, Juliana. "Delegados apresentam ADI no Supremo contra audiência de custódia". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/delegados-entram-adi-audiencia-custodia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. **Decreto n.º 592**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BRASIL. **Decreto n.º 678**, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. **Decreto-lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. **Lei n.º 12.403**, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em: 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. "Audiências de custódia libertam 40% dos presos em flagrante em um mês". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/audiencias-custodia-libertam-40-presos-flagrante-mes>>. Acesso em: 10 jul. 2015

_____. "Estreia de audiências de custódia no ES mantém prisão de 41% dos acusados". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/estreia-audiencias-custodia-es-mantem-41-prisoes>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

LOPES JR., Aury. "Sistema de nulidades *a la carte* precisa ser superado no processo penal". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. "Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?" (parte 1). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. "Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia?" (parte 2). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____; PAIVA, Caio. "Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aur-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. "O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". **Revista de Informação Legislativa**, v. 167, p. 93-114, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. "Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

SOUZA, Giselle. "Delegados dizem que eles próprios devem fazer audiência de custódia". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 mai. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-29/delegados-dizem-eles-audiencia-custodia>. Acesso em: 10 jul. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. "A revelação das 'obviedades' do sentido comum e o sentido (in)comum das 'obviedades' reveladas". In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARDELLI, Roberto. "Minhas dúvidas quanto à audiência de custódia". **Justificando**, São Paulo, 6 fev. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/06/minhas-duvidas-quanto-a-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 10 jul. 2015.

A Boa-Fé Objetiva nas Relações Empresariais: Parâmetros para o controle da atividade do intérprete

Rafael Mansur de Oliveira

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: 1. Particularidades da Incidência da Boa-Fé nos Diversos Campos Normativos. 2. A Boa-Fé e as Relações Empresariais. 3. A Categoria dos Contratos Empresariais e seus Contornos Gerais. 4. O Direito Empresarial na Legalidade Constitucional. 5. As Funções da Boa-Fé nas Relações Empresariais. 6. Contraponto: O Risco Invertido de Ineficácia da Boa-Fé. 7. Boa-Fé, Vulnerabilidade e Dignidade: Um Cotejo Necessário. 8. Conclusão: Os Campos Normativos no Contexto dos Parâmetros de Aplicação da Boa-Fé.

1. PARTICULARIDADES DA INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ NOS DIVERSOS CAMPOS NORMATIVOS

*A boa-fé objetiva é norma que impõe aos sujeitos de uma relação obrigacional um comportamento objetivamente adequado a parâmetros de lealdade e honestidade, atento aos interesses e à legítima confiança despertada na contraparte e colaborativo na persecução dos fins comuns almejados com o acordo. Sinteticamente, pode-se afirmar que é um dever de consideração para com o *alter*¹.*

Em meio a um cenário de releitura do direito privado à luz da normativa constitucional, impactando intensamente a teoria da interpreta-

¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 33.

ção², passa a ser referida na doutrina a possibilidade de diversos institutos – entre eles, a boa-fé – atuarem em vários setores do ordenamento, possuindo, contudo, uma eficácia diferenciada:

*“A evolução histórica recente do direito civil brasileiro parece paradoxal e contraditória, pois caracterizada por duas tendências contrárias: a tendência de fragmentação das fontes ou descodificação com a constitucionalização de novos sujeitos de direito e a tendência de unificação das fontes: a unificação das obrigações civis e comerciais ou valorização da imposição de deveres **ex vi lege** ou mediante cláusulas gerais transversais por todo o ordenamento jurídico, como a da boa-fé, bons costumes, combate ao abuso e lesão, apenas com eficácias ou ‘brilhos’ diferentes”³ (grifo nosso)*

Afirma-se, assim, que a boa-fé objetiva assumiria diferentes feições, a depender do espaço jurídico no qual atua⁴. Essa variabilidade da eficácia só pode ser bem compreendida se estudada à luz dos pressupostos que a justificam, no âmbito da moderna teoria do direito.

O primeiro fator a ser destacado é a importância do método sistemático no processo hermenêutico. A interpretação sistemática é aquela por meio da qual o intérprete estabelece as conexões entre o enunciado a ser interpretado e as demais regras e princípios pertinentes à solução do caso concreto⁵.

A boa-fé objetiva é aplicável a toda e qualquer relação obrigacional, incidindo, portanto, sobre a mais variada gama de relações patrimoniais. Tais relações, a depender de suas características concretas, atrairão a tutela de diversas regras e princípios, simultaneamente à boa-fé, e apenas através de uma análise das conexões estabelecidas entre essa multiplici-

2 Sobre a questão da interpretação no direito civil-constitucional, cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 57-87.

3 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

4 MARTINS-COSTA, Judith. "Os Campos Normativos da Boa-Fé Objetiva: as três perspectivas no Direito Privado brasileiro". In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paulo (coords.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 389.

5 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

dade de normas é que se poderá construir o efetivo significado da conduta leal e proba adequada àquele caso específico⁶.

O segundo fator a ser considerado é a atuação da boa-fé objetiva como um *standard* jurídico. Um *standard* é um modelo objetivo de conduta, pautado, no caso da boa-fé, por valores como honestidade, lealdade e probidade⁷.

A referência a modelos de conduta remete automaticamente a conhecidas construções doutrinárias, como o “homem médio” e o “*bonus pater familias*”. Contudo, mesmo enraizado na cultura jurídica brasileira, o recurso a tais modelos abstratos de comportamento tem sofrido severas críticas, afirmando-se que sua unicidade e elevada generalização revelam-se inúteis frente à multiplicidade das situações de fato⁸. A boa-fé objetiva não se reporta a modelos abstratos de conduta, mas sim a modelos objetivamente construídos com atenção às particulares circunstâncias do caso concreto⁹. É essa variação de *standards* de comportamento nas diversas relações que autoriza o reconhecimento de uma eficácia diferenciada à boa-fé.

Na precisa afirmação de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

“a boa-fé objetiva não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis ou societárias, pela simples razão de que os standards de comportamento são distintos.”¹⁰

6 Miguel Reale assinalava que “a adoção da boa-fé como condição matriz do comportamento humano, põe a exigência de uma ‘hermenêutica jurídica estrutural’, a qual se distingue pelo exame da totalidade das normas pertinentes a determinada matéria. Nada mais incompatível com a ideia de boa-fé do que a interpretação atômica das regras jurídicas, ou seja, destacadas de seu contexto. Com o advento, em suma, do pressuposto geral da boa-fé na estrutura do ordenamento jurídico, adquire maior força e alcance do antigo ensinamento de Portalis de que as disposições legais devem ser interpretadas umas pelas outras” (REALE, Miguel. **A Boa-Fé no Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 06 jan. 2014).

7 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

8 SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39-41.

9 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**, *op. cit.*, p. 412-413.

10 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. “A Boa-Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil.” In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43. No mesmo sentido, a lição de Antônio Junqueira de Azevedo: “Naturalmente, há várias determinações possíveis, segundo o tipo de área de atividade ou de negócios que as partes estão fazendo. Já nas Ordenações do Reino se prescrevia que quem compra cavalo no mercado de Évora não tem direito aos vícios redibitórios. Os *standards* variam. Se um sujeito vai negociar no mercado de objetos usados, em feira de troca, a boa-fé exigida do vendedor não pode ser igual à de uma loja muito fina, de muito nome, ou à de outro negócio, em que há um pressuposto de cuidado” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. “Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos.” **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 1, jan./mar., 2000, p. 4).

Note-se que esses dois fatores (interpretação sistemática e multiplicidade de *standards* de comportamento) concorrem para a delimitação da correta eficácia da boa-fé objetiva. Destarte, confronta-se a boa-fé não só com as demais normas que compõem o ordenamento como também com o caso concreto, tendo em vista suas circunstâncias específicas, em um elaborado processo de concreção da normativa adequada à situação. Como bem sintetiza Judith Martins-Costa:

*"a cláusula geral da boa-fé não atua unidimensionalmente, não se configura sempre do mesmo modo, mas se articula dinamicamente com as circunstâncias fáticas e normativas peculiares a cada setor em que se desdobra a experiência jurídica"*¹¹ (grifo no original)

Analisando o campo no qual a relação jurídica se desenvolve, é possível constatar que certas características fáticas atraem a incidência de um mesmo grupo de princípios. Torna-se, então, possível estudar as particularidades da incidência da boa-fé objetiva nos diferentes campos normativos nos quais atua¹²; notadamente, no âmbito das relações de consumo, das relações civis e das relações empresariais.

Não se ignora que, dentro de cada uma dessas categorias, possam haver circunstâncias específicas que influam no processo interpretativo. No entanto, possibilita-se, através da observação de dados usualmente constatados no contexto de tais relações, o apontamento de diretrizes que devem ser observadas pelo operador do direito para a correta aplicação do princípio da boa-fé objetiva¹³.

Este trabalho objetiva analisar a atuação da boa-fé especificamente no contexto das relações empresariais, compreendendo as particularidades de sua incidência neste campo normativo, de modo a oferecer ao intérprete alguns parâmetros que auxiliem na determinação da conduta concretamente exigível diante das diversas situações-problemas que podem surgir.

11 MARTINS-COSTA, Judith. "O Exercício Jurídico Disfuncional e os Contratos Interempresariais." *Revista do Advogado*. São Paulo, ano XXVIII, n. 96, mar. 2008, p. 57.

12 A noção de campos normativos é aplicada por Judith Martins-Costa, com base na sociologia de Pierre Bourdieu. Sobre o tema, cf. MARTINS-COSTA, Judith. "Os Campos Normativos"..., *op. cit.*, p. 388-389.

13 MARTINS-COSTA, Judith. "Critérios para Aplicação do Princípio da Boa-Fé Objetiva (com ênfase nas relações empresariais)." In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de Fradera (orgs.). *Estudos de Direito Privado e Processual Civil*: em homenagem à Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 196-196.

2. A BOA-FÉ E AS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

A boa-fé objetiva teve sua gênese no âmbito das relações comerciais. Ainda no mundo romano, no contexto das negociações mercantis, a *fides* funcionava como catalisadora do conteúdo econômico dos contratos, ao impôr a observância do concreto conteúdo dos interesses pactuados¹⁴. Mesmo com a posterior subjetivação sofrida pelo instituto da *bona fides* ao longo da Idade Média¹⁵, a boa-fé permaneceu no substrato cultural alemão por meio da jurisprudência comercial, atenta à dinamicidade e flexibilidade do direito comercial¹⁶. Não é demais lembrar que a boa-fé objetiva ingressou no direito positivo brasileiro no corpo de Código Comercial de 1850, ainda que o dispositivo que a consagrava tenha restado sem aplicação¹⁷.

Apesar dessa conexão histórica, é no domínio das relações entre empresários que mais se evidencia a necessidade de aprofundamento no estudo dos efeitos da incidência da boa-fé. Não se pode admitir que boa-fé seja aplicada a tais relações da mesma forma que é aos contratos de consumo¹⁸. Mister compreender as peculiaridades das obrigações empresariais para, então, delimitar a eficácia da boa-fé sobre elas¹⁹.

14 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**, *op. cit.*, p. 117.

15 *Ibidem*, p. 110.

16 *Ibidem*, p. 209.

17 A primeira referência legislativa à boa-fé objetiva constava do Código Comercial de 1850, que assim dispunha: "Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, *que for mais conforme à boa fé*, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras" (grifo nosso). O preceito, que trazia a boa-fé de forma muito mais restrita do que é empregada hoje, teve aplicação insignificante pelos tribunais, como assinalam: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. "A Boa-Fé Objetiva"..., *op. cit.*, p. 29-30.

18 Alertando para os riscos advindos da consumerização das relações empresariais: FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

19 Na lição de Paula Castello Miguel: "Os contratos interempresariais exigem uma visão específica, a visão empresarial, para que sejam compreendidos e interpretados" (MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68). A posição possui a chancela da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, ao tratar sobre a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos empresariais, assim se manifestou: "DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais" (STJ, 4ª T., REsp 936.741/GO, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 03.11.2011).

3. A CATEGORIA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E SEUS CONTORNOS GERAIS

São contratos empresariais²⁰ aqueles travados entre sujeitos que ostentam o *status* de empresários e voltados para a realização das atividades empresariais desenvolvidas por ambos²¹. Tal categoria de contratos nada tem de nova em nosso ordenamento jurídico, havendo sido disciplinada pelos artigos 121 e seguintes, hoje revogados, do Código Comercial. Contudo, fatores históricos que levaram à aproximação entre os regimes jurídicos dos contratos mercantis e os civis resultaram em um afastamento da doutrina do estudo dos contratos comerciais enquanto categoria autônoma²², cujas características distintivas devem ser analisadas.

Talvez o atributo mais marcante dos contratos empresariais seja o *escopo de lucro bilateral*, traço distintivo que lhes impõe dinâmica peculiar²³. A obtenção de vantagens patrimoniais é o objetivo que marca a própria figura do empresário, pois esta é finalidade da atividade econômica por ele desenvolvida²⁴. Enquanto nos contratos de consumo a busca pelo lucro recai apenas sobre o fornecedor, e nos contratos civis possui caráter eventual, podendo até inexistir, nos contratos empresariais o escopo de lucro é a razão de ser de toda a atividade desenvolvida pelo empresário²⁵.

Se o lucro é o objetivo final perseguido pelo empresário por meio de seus contratos, é certo que este procederá os cálculos necessários para

20 Parte da doutrina sustenta a diferenciação entre o conceito de “contratos empresariais” como aqueles nos quais há um dos polos subjetivos como empresário, independente da qualificação do outro, e o conceito de “contratos interempresariais” como sendo aqueles nos quais são empresários ambos os contratantes. Nesse sentido, cf. MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre Empresas**, *op. cit.*, p. 62. Neste trabalho, contudo, adota-se a fórmula sintética de “contratos empresariais” abarcando as relações que possuam empresários nos dois polos da obrigação.

21 Não há consenso na doutrina quanto aos elementos necessários para a qualificação de determinado contrato como empresarial. Para determinados autores, parece suficiente que todas as partes sejam empresários para que também o contrato seja empresarial. Nesse sentido: MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre Empresas**, *op. cit.*, p. 61. No entanto, tal critério revela um excessivo apego ao aspecto estrutural da relação, desconsiderando completamente a finalidade dos contratantes com a celebração do acordo, ou seja, seu perfil funcional (veja-se, por todos: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, *op. cit.*, p. 94-96).

22 Sobre o tema, cf.: FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 37-47.

23 *Ibidem*, p. 46.

24 Como bem assenta a doutrina: “Quanto ao segundo requisito para a qualificação empresarial, entende-se por atividade econômica aquela que possui por finalidade a geração de riquezas, que almeja um resultado positivo, um benefício material para o titular. De acordo com o STJ, afigura-se essencial a finalidade lucrativa para a configuração da atividade empresária (2ª T., REsp. 623.367, Rel. Min. João Otávio Noronha, julg. 15.6.2004)” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 8).

25 FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 47.

obtê-lo, computando-se todos os elementos que gerem gastos²⁶. O empresário contratará após ponderar vantagens e desvantagens, aferindo os “*custos de transação*” que terá ao se relacionar com terceiros²⁷. Tal cálculo ocorre de forma puramente patrimonial e matemática, de forma que o custo da aquisição de direitos seja sempre incorporado ao preço da operação²⁸. Diante de tal cenário, torna-se evidente que:

*“Razões econômicas, razões de estratégia comercial, expectativas de risco anormal ou ‘regular’, etc. devem, assim, ser sopesadas e ponderadas pelo intérprete, pois não estão divorciadas, em absoluto, do exercício dos direitos e das posições jurídicas na seara do Direito Comercial.”*²⁹

Se a empresa é exercida necessariamente por profissionais, sujeitos que desempenham aquela atividade de forma contínua, habitual, sendo sua principal ocupação³⁰, estes deverão ser pessoas experimentadas, que saibam atuar no mercado³¹. Ademais, é usual que tais sujeitos possuam, ao executar suas transações, assessoramento jurídico especializado a lhes orientar³². Torna-se então inadmissível, à luz do ordenamento jurídico, que os empresários sejam desconhecedores das especificidades de seu objeto de empresa, ou seja, dos bens ou serviços que produzem ou põem em circulação no mercado, vigorando no campo interempresarial, de uma maneira geral, a *presunção de “hipersuficiência”* dos agentes³³.

Por fim, deve-se assinalar que o empresário exerce atividade econômica voltada à obtenção de lucro, devendo, portanto, suportar os

26 MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre Empresas**, *op. cit.*, p. 96.

27 FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 60.

28 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. "A Boa-Fé Objetiva...", *op. cit.*, p. 42.

29 MARTINS-COSTA, Judith. "O Exercício Jurídico Disfuncional"..., *op. cit.*, p. 51.

30 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil Interpretado...**, v. III, *op. cit.*, p. 8.

31 MARTINS-COSTA, Judith. "O Exercício Jurídico Disfuncional"..., *op. cit.*, p. 53.

32 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado...**, *op. cit.*, p. 156.

33 ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Empresariais**: categoria – interface com contratos de consumo e paritários – revisão judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 77. No mesmo sentido: “Se, no direito do consumidor, a presunção é a de vulnerabilidade de uma das partes, no direito comercial parte-se necessariamente da assunção oposita. [...] Por conta da adoção do padrão de comportamento do homem ativo e probo, ou dos ‘comerciantes cordatos’, o ordenamento jurídico autoriza a pressuposição de que o agente econômico, de forma prudente e sensata, avaliou os riscos da operação e, lançando mão de sua liberdade econômica, vinculou-se” (FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 119-120).

riscos inerentes a tal atividade³⁴. Ao estabelecer relações jurídicas com outros empresários, surge para o titular da empresa o *risco contratual*, entendido como a “probabilidade de, independentemente da vontade das partes, determinado evento impactar a relação entre as prestações delas”³⁵. Embora a contratação em si implique a criação de riscos, não se pode perder de perspectiva que o próprio contrato funciona como instrumento de alocação desses riscos, permitindo que sejam repartidos entre os agentes econômicos³⁶, contribuindo assim para a promoção de sua previsibilidade, indispensável para a existência da economia de mercado³⁷. A assunção pelo empresário da álea típica de sua atividade econômica é dado que não pode ser ignorado pelo intérprete.

Tem-se, assim, um panorama das principais características dos contratos empresariais. Pode-se concluir, resumidamente, que a lógica do mercado, inerente ao campo interempresarial, é um fator a ser considerado na interpretação das obrigações mercantis, e, conseqüentemente, na incidência da boa-fé objetiva sobre estas.

4. O DIREITO EMPRESARIAL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Nesse contexto, torna-se urgente a reflexão sobre a releitura do direito empresarial à luz da normativa constitucional. O reconhecimento da supremacia da Carta da República, que traz para o centro do ordenamento a dignidade humana e os valores existenciais, promove profundas alterações no Direito Privado, que passa a ser compreendido por uma ótica solidarista, afastando-se das lentes patrimonialistas e individualistas que historicamente são empregadas para sua compreensão. Como compatibilizar essa afirmação com a lógica empresarial que, conforme anteriormente apontado, deve reger os pactos mercantis?

34 LUPION, Ricardo. **Boa-Fé Objetiva nos Contratos Empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 140-141. De acordo com a doutrina, “O risco existe em qualquer atividade empresarial, pois o sucesso do empreendimento sempre estará atrelado a qualidade da gestão do negócio, às oscilações de mercado, à concorrência e a fatores externos à ação do próprio empresário” (KLEIN, Vinícius; BLTENECOURT, Thiago Wiggers. “Boa-Fé Objetiva e a Aplicação no Direito Empresarial.” **Percurso**. Centro Universitário Curitiba, v. 13, n. 1, 2013, p. 21-22. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/index>>. Acesso em: 05 jan. 2014).

35 ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Empresariais**, *op. cit.*, p. 134.

36 FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 136.

37 MARTINS-COSTA, Judith. “O Exercício Jurídico Disfuncional”..., *op. cit.*, p. 53.

Primeiramente, deve-se tomar em conta que, a par da solidariedade social, também a livre iniciativa tem foro constitucional³⁸, de forma que o artigo 170 da Lei Maior traduz, na dicção de Gustavo Tepedino, a “*liberdade na solidariedade*”³⁹.

Não há dúvida de que o ordenamento jurídico ainda tutela os interesses individuais e patrimoniais dos sujeitos privados. A mudança para qual se deve atentar é o fato de que as situações patrimoniais passam a ser funcionalizadas às situações existenciais, uma vez que estas últimas são expressões de valores centrais da ordem constitucional⁴⁰.

Portanto, não se faz necessário negar a finalidade de lucro para adequar a disciplina da empresa à Constituição⁴¹. Deve-se, sim, reconhecer a sua função social, ou seja,

*“o dever, imposto ao empresário, de observar, ao lado dos interesses econômicos que o levam a desempenhar a atividade, também interesses da coletividade, aí incluídos direitos dos consumidores, da livre concorrência, do meio ambiente e assim por diante. Nesse particular, importante destacar que a função social da empresa atende, também, à tutela dos interesses dos empregados e de suas famílias que dela dependem para seu sustento, os quais deverão ser preservados sempre que possível.”*⁴²

É de se rejeitar a ideia de que a observância da função social se dá através da prestação de serviços assistenciais ou em razão da expectativa de lucro. No nosso ordenamento constitucional, a solidariedade não se funda na potencialidade de retorno econômico ou em sentimentos altruístas, mas constitui um verdadeiro dever de natureza jurídica⁴³.

38 KLEIN, Vinícius; BITENCOURT, Thiago Wiggers. "Boa-Fé Objetiva"..., *op. cit.*, p. 17.

39 TEPEDINO, Gustavo. "Contratos Empresariais e Unidade do Ordenamento". Editorial da **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 49, jan./mar. 2012, p. v.

40 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, *op. cit.*, p. 32.

41 De modo semelhante: “É de se pontuar que a busca do lucro nos contratos empresariais em nada desmerece essa importante atividade, exercida por empresas que criam empregos diretos e indiretos, fazem circular riqueza e pagam impostos gerando os recursos financeiros necessários ao financiamento para que o Estado possa executar as suas políticas públicas” (LUPION, Ricardo. **Boa-Fé Objetiva...**, *op. cit.*, p. 168).

42 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil Interpretado...**, v. III, *op. cit.*, p. 6.

43 BODIN DE MORAES, Maria Celina. "O Princípio da Solidariedade". In: **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 244.

Dessarte, é na própria Lei Maior que se encontra a legitimação da interpretação dos contratos empresariais de acordo com suas características peculiares⁴⁴.

5. AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

É incontestável a incidência da boa-fé objetiva nas relações empresariais. Não fosse suficiente o dado histórico de que foi no âmbito de tais relações que o princípio se desenvolveu e sobreviveu, também a análise do direito positivo permite alcançar a mesma conclusão. Com o advento do Código Civil de 2002, promoveu-se a unificação do direito obrigacional, com a consequente submissão das relações civis e comerciais às previsões comuns constantes do diploma.

Assim, também as obrigações empresariais devem ser cumpridas conforme a boa-fé, ou seja, segundo um modelo de conduta leal e honesta. A questão que se impõe, porém, é delimitar o conteúdo de tal conduta. Nas relações interempresariais

“agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado dos ‘comerciantes cordatos’, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado (ou ‘em certo ambiente institucional’), sempre de acordo com o direito.”⁴⁵

Ou seja, o estabelecimento do parâmetro de adequação da conduta não pode desconsiderar a peculiar natureza desses agentes econômicos e sua “esperteza própria”⁴⁶, assim como o ambiente negocial no qual suas relações se desenvolvem. Tais considerações produzem reflexos sobre a configuração das funções da boa-fé⁴⁷.

44 TEPEDINO, Gustavo. “Contratos Empresariais”..., *op. cit.*, p. vi.

45 FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral**..., *op. cit.*, p. 99. Na mesma direção, aponta-se que: “nos contratos empresariais, são exigidos níveis mais altos de conhecimento e uma atuação de acordo com os padrões comercialmente reconhecidos de lisura e lealdade. [...] Isso justamente porque os padrões de conhecimento, organização e profissionalismo são muito mais altos nos contratos empresariais, atraindo a eles o ônus de agir de acordo com esses *standards* próprios da atividade que exercem.” (KLEIN, Vinícius; BITENCOURT, Thiago Wiggers. “Boa-Fé Objetiva”..., *op. cit.*, p. 22-23).

46 FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral**..., *op. cit.*, p. 120.

47 Confira-se o teor do Enunciado n. 29 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: “Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.

A função interpretativa da boa-fé objetiva impele o intérprete à busca da compreensão das cláusulas contratuais que se revele mais adequada ao objetivo comum perseguido pelas partes, e não aquela que se mostre mais benéfica ao interesse privado exclusivo da contraparte. Essa premissa se revela importante nas relações paritárias, particularmente nas relações empresariais, nas quais o escopo bilateral de lucro muitas vezes coloca o interesse individual dos contratantes em rota de colisão, nas negociações em que a ampliação do retorno econômico de um importe a redução do lucro do parceiro, inviabilizando a cooperação⁴⁸. Já em relação aos interesses comuns, objetivamente extraídos da avença, a postura cooperativa se mostra plenamente exigível, com amparo na cláusula geral de boa-fé.

Contribuindo para o esclarecimento da operatividade da boa-fé não só de forma interpretativa, como também integrativa, o artigo 113 do Código Civil coliga a boa-fé aos usos do lugar da celebração do negócio, entendidos aqui como os usos negociais do lugar da contratação⁴⁹. Contextualizado no campo mercantil, pode-se entender que o artigo faz verdadeira remissão aos costumes da prática empresarial, ou seja, à boa prática dos negócios⁵⁰. Determinadas ações, surgidas espontaneamente da praxe mercantil, destacam-se por sua aptidão para resolver problemas, sendo reiteradamente executadas pelos comerciantes e chanceladas pela jurisprudência. O repertório dessas práticas acaba sendo memorizado pelos agentes econômicos, que passam a pautar suas condutas com base nelas e a esperar, legitimamente, que as demais partes também se comportem de acordo com esse modelo usual, o que amplia a segurança nas transações⁵¹.

São essas “jogadas”, uniformemente praticadas e aceitas nas relações mercantis, que devem servir de parâmetro na interpretação dos negócios empresariais e na colmatação de eventuais lacunas. Vale dizer: a uma cláusula ambígua deve se conferir a interpretação conforme usualmente adotada pelos demais agentes econômicos na mesma situação,

48 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. "A Boa-Fé Objetiva" ..., *op. cit.*, p. 39.

49 MARTINS-COSTA, Judith. "Os Campos Normativos" ..., *op. cit.*, p. 406-407."

50 MARTINS-COSTA, Judith. "O Exercício Jurídico Disfuncional" ..., *op. cit.*, p. 57.

51 FORGIANI, Paula A. **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 116-118. KLEIN, Vinícius; BITENCOURT, Thiago Wiggers. "Boa-Fé Objetiva" ..., *op. cit.*, p. 22.

e, inexistindo cláusula que preveja resposta a determinado problema surgido na execução de um contrato, deve se adotar o método frequentemente praticado pelos demais empresários como sendo o adequado a reger a hipótese. Assim, a boa-fé exige que a conduta leal que sirva de *standard* em tais relações seja aquela que “normalmente acontece”⁵², sendo esta a conduta apta a deflagrar expectativas legítimas:

*“A relevância especial das práticas habitualmente seguidas e observadas está, primeiramente, em que suscitam uma expectativa de regularidade nas condutas seguidas pelos agentes econômicos, o que é sintetizado na expressão princípio da confiança legítima que constitui uma das expressões do princípio da boa-fé objetiva.”*⁵³

O Superior Tribunal de Justiça aplicou o referido entendimento ao julgar Recurso Especial no qual se discutia a exegese de cláusula contratual na qual um sócio declarava-se “interveniente-avalista” em acordo celebrado entre a sociedade e um banco. Na ação de execução ajuizada pelo banco, fundada em título executivo de natureza contratual, excluiu-se o sócio do polo passivo sob o argumento de que o aval é figura tipicamente cambiária, não sendo viável sua utilização no âmbito de um contrato. Reformando o entendimento do tribunal estadual, que confirmou a sentença do juízo de primeira instância, entendeu o relator do Recurso Especial que a interpretação mais adequada à intenção consubstanciada na declaração e à boa-fé objetiva seria a de que o sócio assumiu a posição de coobrigado. Completou a fundamentação aludindo aos usos do tráfego bancário, afirmando ser comum os sócios assumirem a posição de garantidores das obrigações assumidas pelas sociedades, corroborando a interpretação conferida⁵⁴.

Também na caracterização da abusividade do exercício de situações jurídicas atua a boa-fé. Deve-se considerar, primeiramente, que o

52 MARTINS-COSTA, Judith. "Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de Direito e Abusividade Contratual. Boa-fé Objetiva (Parecer)." *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, v. 55, jan./mar. 2012, p. 361.

53 MARTINS-COSTA, Judith. "Critérios para Aplicação...", p. 202.

54 STJ, 4ª T., REsp 1.013.976/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.05.2012.

direito empresarial é marcado por uma particular liberdade dos agentes, o que torna condutas inadmissíveis em outros campos, aceitáveis aqui. De outra forma, é possível afirmar que **é mais difícil que uma conduta se enquadre como abusiva em uma relação empresarial**. A liberdade de contratar sempre foi reconhecida como particularmente ampla no âmbito de tais relações⁵⁵. Talvez a recordação da própria sistemática do abuso de direito possa aclarar o porquê.

Modernamente, compreende-se o abuso do direito como a desconformidade do exercício de posições jurídicas em relação aos seus fundamentos teleológicos e axiológicos⁵⁶, buscados esses na tábua de valores plasmada na Constituição da República. A própria autonomia privada passa a ser substancialmente limitada (*rectius*, remodelada) pelos valores existenciais⁵⁷, que ascendem a uma posição central no sistema constitucional em razão da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Ocorre que as relações interempresariais, nas quais prevalece o objetivo de lucro, não se relacionam diretamente com esses valores existenciais que exigem uma tutela protetiva do sistema; pelo contrário, são regidas prioritariamente pela ótica patrimonial⁵⁸. Assim, ao recorrer à Lei Maior para definir os limites axiológicos ao exercício dos direitos, percebe o intérprete que aqueles valores ligados à pessoa humana presentes nas relações de consumo e civis, que condicionam os atos de autonomia dos sujeitos priva-

55 Assim se manifesta a doutrina: "nos contratos empresariais a premissa da interpretação deve ser o alto grau de autonomia dos contratantes. Eles têm condições de decidirem como se obrigar, assumindo riscos segundo sua conveniência" (ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Empresariais**, *op. cit.*, p. 274).

O entendimento também é chancelado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "Recurso Especial. Direito Empresarial. Contrato de prestação de serviços. Expansão de shopping center. Revisão do contrato. Quantificação dos prêmios de produtividade considerando a situação dos fatores de cálculo em época diversa da pactuada. Inadmissibilidade. Concreção do princípio da autonomia privada. Necessidade de respeito aos princípios da obrigatoriedade ('pacta sunt servanda') e da relatividade dos contratos ('inter alios acta'). Manutenção das cláusulas contratuais livremente pactuadas. (...)VII. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa. VIII. Reconhecimento da contrariedade aos princípios da obrigatoriedade do contrato (art. 1056 do CC/16) e da relatividade dos efeitos dos pactos, especialmente relevantes no plano do Direito Empresarial, com a determinação de que o cálculo dos prêmios considere a realidade existente na data em que deveriam ser pagos. Doutrina." (grifo nosso) (STJ, 3ª T., REsp 1.158.815/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.02.2012).

Por fim, é de se registrar o teor do Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais".

56 CARPENA, Heloisa. "O Abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional." *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 425-426.

57 TEPEDINO, Gustavo. "Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento." *In*: **Temas de Direito Civil**, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5.

58 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. "A Boa-Fé Objetiva...", *op. cit.*, p. 42.

dos naquelas esferas, encontram-se presentes apenas de maneira reflexa nas relações comerciais. Daí a conclusão de que, sendo as relações mercantis instrumento de satisfação de interesses meramente patrimoniais dos agentes (não obstante a necessidade de respeito aos valores extrapatrimoniais promovidos pela sua função social), deve ser autorizada uma maior liberdade de atuação destes, sendo menos rígidos os parâmetros de aferição da abusividade de suas condutas.

Tal conclusão não implica, obviamente, a consideração de que nenhum ato poderá ser reputado ofensivo à boa-fé no campo comercial. Judith Martins-Costa traz à colação caso concreto no qual se averiguou o exercício abusivo (ou disfuncional, na terminologia adotada pela autora) de posição contratual em pacto entre empresários. Tratava-se de contrato celebrado entre fornecedora e distribuidora para prestação de serviço de distribuição de cartões telefônicos, com vigência pelo prazo de doze meses, prorrogável por igual período, no qual se previa prazo para pagamento de 30 dias após o recebimento dos cartões, contendo cláusula de rescisão. No mesmo dia em que se acionou a referida cláusula, ajustou-se novo contrato, de teor semelhante ao primeiro, que, contudo, não previa expressamente o prazo de pagamento. Aproveitando-se dessa lacuna, passou a fornecedora a exigir o pagamento em prazo mais curto que o anterior, amparada no artigo 331 do Código Civil⁵⁹. Em razão disso, a distribuidora, que contava com a venda dos cartões para terceiros para que pudesse auferir recursos e adimplir sua prestação, ficou impossibilitada de efetuar o pagamento no prazo devido. A antijuridicidade da conduta da fornecedora decorre do fato de que, embora tenha atuado com respaldo em dispositivo legal, não concedeu à contraparte prazo suficiente para se adaptar à nova realidade, inviabilizando a atividade econômica da distribuidora⁶⁰.

Se a limitação de direitos e a imposição de deveres são duas faces de uma mesma moeda⁶¹, admitir parâmetros menos rígidos para a aferi-

59 "Art. 331. Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigí-lo imediatamente".

60 O caso foi levado ao judiciário gaúcho (TJRS, 15ª C.C., AC nº 70010341121, Rel. Des. Angelo Maraninchi Gianakos, j. 06.07.2005), e encontra-se relatado em: MARTINS-COSTA, Judith. "O Exercício Jurídico Disfuncional...", *op. cit.*, p. 54-55.

61 Como bem notou a doutrina: "A rigor, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos. Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. "A Boa-Fé Objetiva"... , *op. cit.*, p. 37).

ção da abusividade implica, necessariamente, reconhecer a mitigação da intensidade dos deveres instrumentais impostos aos contratantes.

Os deveres laterais têm origem avoluntarística, sendo impostos aos partícipes da relação com vista à satisfação dos interesses globais envolvidos, demandando atenção para com a pessoa e o patrimônio do outro contratante. Ocorre que, no âmbito societário, também os administradores possuem um dever de conduta para com a sociedade que administram, qual seja, o dever de diligência, imposto na forma dos artigos 1.011 do Código Civil e 153 da Lei das Sociedades por Ações⁶². Assim, não obstante os deveres decorrentes da boa-fé de cuidado e proteção para com o *alter*, a própria contraparte possui o ônus de agir de maneira reta e cuidadosa, em razão do dever de diligência atribuído aos seus administradores, de forma que a apreensão relacional desses deveres resulta na *mitigação dos deveres anexos nas relações interempresariais*, para que estes não sejam invocados como escusa para o não cumprimento dos deveres de diligência do administrador⁶³.

Exemplo que ilustra a proposição acima é o processo de aquisição de controle societário. As exigências do tráfego demandam que as sociedades empreguem razoáveis esforços para obter as informações pertinentes ao negócio que planejam travar. Ocorre que a obtenção dessas informações envolve custos, sendo possível que a sociedade adquirente opte por não realizá-la, devendo arcar com os riscos de contratar com base em informações faltantes ou defeituosas⁶⁴. Quando escolhe se informar, o procedimento usualmente adotado é o da *due diligence*, consistente na análise de documentos, registros e informações referentes à sociedade a ser adquirida, podendo englobar os mais diversos aspectos: societário, cambiário, contratual, imobiliário, ativos em geral, contencioso, trabalhista, tributário, regularidade de licenças governamentais, propriedade intelectual e antitruste⁶⁵. Tal expediente, embora não tenha o condão de isentar o alienante do seu dever de informação, reduz expressivamente a sua intensidade⁶⁶. A boa-fé objetiva impõe um dever de informação que contempla os dados na quantidade e qualidade que são normalmente oferecidos em negociações similares, devendo ser reveladas as informa-

62 LUPION, Ricardo. *Boa-Fé Objetiva...*, *op. cit.*, p. 145.

63 *Ibidem*, p. 142-143.

64 FORGIONI, Paula A.. *Teoria Geral...*, *op. cit.*, p. 140.

65 LUPION, Ricardo. *Boa-Fé Objetiva...*, *op. cit.*, p. 169-170.

66 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. "A Boa-Fé Objetiva"..., *op. cit.*, p. 43.

ções importantes para a contratação, impactando a formatação básica do negócio⁶⁷. Há, assim, um dever de disponibilizar a informação, que não importa a indicação precisa dos dados que interessam à contraparte⁶⁸, uma vez que o dever de informar, nesse campo, não se confunde com o dever de aconselhamento⁶⁹. Não há, nas relações comerciais, o amplo dever de transparência existente nas relações de consumo; diferente do consumidor, cabe ao homem de negócios buscar com cuidado as informações necessárias à sua tomada de decisão⁷⁰. Caberá então aos administradores da adquirente, em razão de seu dever de diligência, apreciar criticamente as informações amealhadas e seus possíveis impactos sobre o interesse individual da companhia administrada⁷¹. A assunção das cautelas necessárias pelo adquirente atenua também os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte imputados ao alienante⁷².

Não resta dúvidas de que a admissibilidade da incidência de deveres laterais impostos pela boa-fé vincula os contratantes a comportamentos que não foram explicitamente negociados. Tal constatação poderia conduzir à indagação sobre se o instituto não seria aviltante à segurança jurídica, valor do ordenamento conectado à previsibilidade das situações, tão caro no âmbito mercantil⁷³. A pergunta merece resposta negativa.

Primeiramente, deve-se frisar que as normas cogentes são incorporadas ao negócio no momento de sua celebração, sendo certo que o ordenamento reconhece fontes alheias à vontade das partes. Ademais, embora seja verdade que o comportamento devido em função da boa-fé não pode ser definido aprioristicamente, o fortalecimento da confiança legitimamente extraída de dados objetivos e a adoção do comportamento usualmente praticado no mercado diminuem o custo de transação e permitem a integração do conteúdo desses negócios, tipicamente incompletos⁷⁴.

67 FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 141. O Enunciado n. 27 da I Jornada de Direito Comercial do CJF esclarece que é legítima a retenção de determinadas informações na negociação, quando configurarem segredo de empresa: "Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade".

68 LUPION, Ricardo. **Boa-Fé Objetiva...**, *op. cit.*, p. 174.

69 MARTINS-COSTA, Judith. "Contratos de Derivativos Cambiais"..., *op. cit.*, p. 366-367.

70 FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 141-142.

71 PARENTE, Flávia. **O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. "Contratos de Derivativos Cambiais"..., *op. cit.*, p. 362-363.

72 LUPION, Ricardo. **Boa-Fé Objetiva...**, *op. cit.*, p. 172.

73 FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 122.

74 *Ibidem*, p. 126-131.

O mais importante é que o intérprete esteja atento ao fato de que a *boa-fé nas relações empresariais atua como elemento de controle da conduta dos agentes econômicos*, exigindo-lhes uma atuação leal e eficiente, não se prestando, dessa forma, ao papel de mecanismo de neutralização de possíveis “erros de cálculo” desses agentes⁷⁵. As consequências do erro na avaliação das circunstâncias do negócio constituem um risco que deve ser suportado por aquele que errou, e não pela sua contraparte⁷⁶. Assim, no direito comercial, *torna-se especialmente importante que a boa-fé não seja invocada como um meio de despir o agente econômico de sua sagacidade peculiar*, autorizando comportamentos desconformes ao parâmetro do mercado⁷⁷.

6. CONTRAPONTO: O RISCO INVERTIDO DE INEFICÁCIA DA BOA-FÉ

A ideia apresentada de uma eficácia diferenciada no âmbito das relações mercantis, especialmente em relação à mitigação dos deveres anexos, não está blindada a críticas. Teresa Negreiros, após expor esta temática, apresenta arguta observação, que merece ser reproduzida:

“A invocação generalizada e romântica da boa-fé – tentação especialmente difundida em sistemas como o nosso, onde o princípio da boa-fé foi forjado a partir da ideia de proteção ao consumidor – é, no entanto, tão perigosa quanto o é a tentação oposta. Ou seja: o argumento de que a boa-fé comporta níveis diversos de intensidade corre o sério risco de tornar o domínio das relações mercantis – cuja importância, também simbólica, é central – num domínio imune, na prática, às inovações trazidas pelo conceito de que os contratantes (quaisquer contratantes) têm específicos deveres de lealdade um para com o outro.

É justamente aí, no campo das relações mercantis, tão sensível aos imperativos da globalização e da uniformização

75 Ibidem, p. 103-104. KLEIN, Vinicius; BITENCOURT, Thiago Wiggers. “Boa-Fé Objetiva”..., *op. cit.*, p. 23.

76 ROPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 225 *apud* LUPION, Ricardo. **Boa-Fé Objetiva**..., *op. cit.*, p. 168. De modo semelhante, Kleber Luiz Zanchim assenta: “os desequilíbrios devem ser preservados quando os contratantes programaram o contrato para absorvê-los. É fato: quem toma riscos deve suportar suas consequências” (grifo nosso) (ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Empresariais**, *op. cit.*, p. 153).

77 FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral**..., *op. cit.*, p. 214.

das práticas contratuais, que a boa-fé terá uma função verdadeiramente inovadora. Ou não.⁷⁸

De fato, com o advento do CDC, os tribunais, inexperientes quanto ao uso das cláusulas gerais e desconhecendo os contornos dogmáticos da boa-fé, acabaram empregando a norma indistintamente como fundamento ético de suas decisões, mesmo naqueles casos em que a vasta gama de instrumentos protetivos ofertados pela legislação eram suficientes e, inclusive, melhor adequados para o deslinde da situação⁷⁹. Generalizou-se sua invocação enquanto “argumento ‘forte’”, muitas vezes equiparada à equidade, o que dificulta a diferenciação entre a sua utilização como recurso retórico e sua referência como verdadeiro fundamento técnico-jurídico de uma decisão judicial, tornando difusos seus traços distintivos em relação a outros institutos⁸⁰.

Em síntese, a apreciação equivocada sobre a operatividade específica adquirida pelo princípio naquele campo normativo ensejou um amplo processo de aplicação patológica pelos intérpretes. Em tese, seria possível que processo semelhante se desse no âmbito comercial, *mutatis mutandis*.

No entanto, a defesa de uma mitigação da intensidade dos deveres anexos nesse domínio não objetiva imunizar os negócios mercantis aos novos princípios instrumentais da solidariedade social no direito privado. Fazê-lo seria promover verdadeiro retrocesso histórico, aplicando-se aos contratos empresariais o modelo liberal clássico de contrato, caracterizado pela exacerbação do individualismo e do voluntarismo, regido predominantemente pelo princípio da autonomia da vontade.

A atuação diferenciada da boa-fé objetiva no contexto mercantil decorre da compatibilização sistemática da “diretriz da solidariedade”, operacionalizada pelo princípio da boa-fé⁸¹, com os demais princípios constitucionais que norteiam as atividades econômicas (v. art. 170, CF). A menor intensidade dos deveres secundários, ou o reconhecimento de um maior espaço de autonomia sem incorrer em abusividade, não equivalem à possibilidade de agir em completa liberdade, sem qualquer espécie de controle

78 NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 154.

79 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. “A Boa-Fé Objetiva”..., *op. cit.*, p. 31-33.

80 MARTINS-COSTA, Judith. “Os Campos Normativos”..., *op. cit.*, p. 397-398.

81 MARTINS-COSTA, Judith. “Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: a boa-fé nas relações de consumo”. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 633-634.

jurídico. Haverá condutas que, mesmo com esse mais amplo espaço para estratégias econômicas, afigurar-se-ão desleais, violando a boa-fé.

A título de exemplo, é possível invocar precedentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo, em contratos de distribuição (tipicamente empresariais), o caráter abusivo da rescisão unilateral abrupta e imotivada por parte do fornecedor, sem notificação prévia concedendo prazo razoável para que o distribuidor pudesse se planejar, o que violaria a confiança legítima investida na relação⁸².

Desse modo, percebe-se que é possível pugnar pela necessidade de uma especial liberdade no âmbito empresarial e, ainda assim, garantir o controle das ações dos agentes econômicos por meio da boa-fé. O efetivo risco da invocação da tese da mitigação para, na prática, neutralizar os efeitos da boa-fé, é fator que não pode ser ignorado e deve ser combatido. Não possui, contudo, a capacidade de afastar a diminuição da força dos deveres laterais, que se impõe pelos motivos já expostos.

Aos empresários deve ser concedida autonomia para que possam perseguir seus interesses patrimoniais, ainda quando contrapostos, sem que tal postura impeça a construção de um ambiente contratual ético, em conformidade com o ordenamento jurídico⁸³.

7. BOA-FÉ, VULNERABILIDADE E DIGNIDADE: UM COTEJO NECESSÁRIO

Encontra-se na doutrina a referência de que, não obstante os contornos específicos adquiridos pela boa-fé nos contratos interempresariais, a constatação da vulnerabilidade em um dos polos da relação seria capaz de atrair a força plena dos deveres instrumentais. Tal vulnerabilidade seria caracterizada pela assimetria (de poderes econômicos, de informações...) entre as partes da relação⁸⁴. O delineamento dessa questão passa pela correta compreensão do conceito de vulnerabilidade.

82 STJ, 3ª T., REsp 1255315/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.09.2011. STJ, 4ª T., Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. conv. TJ/AP), j. 25.08.2009. Este último caso foi objeto de cuidada análise doutrinária em: MARTINS-COSTA, Judith. "O Caso dos Produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da *suppressio*". Comentários ao acórdão no REsp 401.704/PR (rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro – Desembargador Convocado do TJ/AP, DJe 02.09.2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 513-542, *passim*.

83 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. "A Boa-Fé Objetiva...", *op. cit.*, p. 40.

84 É o que sustenta Ricardo Lupion: "Da desigualdade das partes, da assimetria de informações ou da dependência econômica poderá resultar a vulnerabilidade de uma das partes e, conforme já referido neste trabalho, os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais poderão prevalecer diante da necessidade da proteção do equilíbrio e das forças contratuais, a despeito da existência de partes contratantes profissionais voltadas para a obtenção de lucros, já que os traços marcantes da atividade da empresa – profissionalismo, risco e lucros – deverão ser relativizados diante da vulnerabilidade, bem maior a ser protegido" (LUPION, Ricardo. **Boa-Fé Objetiva...**, *op. cit.*, p. 176).

A expressão “vulnerabilidade” adquiriu maior importância com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que traz, em seu artigo 4º, I o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo. A transposição desta noção do campo consumerista para as relações contratuais em geral resultou na invocação de um princípio genérico de proteção ao contratante vulnerável⁸⁵.

A doutrina consumerista explica a vulnerabilidade como sendo um estado inerente de risco da pessoa que desequilibra a relação jurídica⁸⁶. Procede, então, à sua decomposição em quatro espécies: *i*) técnica: a ausência de conhecimentos específicos sobre o objeto do negócio; *ii*) jurídica: ausência de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos; *iii*) fática ou socioeconômica: concreta superioridade de um dos sujeitos da relação em razão de monopólio, grande poder econômico ou essencialidade do serviço, e *iv*) informacional: déficit de informações por parte de um dos sujeitos⁸⁷.

Dessa forma, parece clara a relação entre a vulnerabilidade e a isonomia, sendo necessário um tratamento diferenciado do contratante mais frágil para que se garanta a observância à igualdade material⁸⁸. No entanto, é possível compreender a vulnerabilidade de uma forma diversa, relacionada não apenas à igualdade mas também, e em última

85 SCHREIBER, Anderson. "Princípios Fundamentais do Direito dos Contratos". In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.). MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (orgs.). **Direito Uerj 80 Anos: Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 218-219.

86 Na lição original: “a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica pra aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 269-270).

87 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado...**, *op. cit.*, p. 154-159. Como argutamente constatado por Anderson Schreiber, esses múltiplos critérios podem, inclusive, ser conflitantes entre si (ex: um dos contratantes é economicamente vulnerável enquanto o outro é tecnicamente vulnerável) (SCHREIBER, Anderson. "Princípios Fundamentais...", *op. cit.*, p. 220).

88 Cláudia Lima Marques estabelece uma ligação entre igualdade e vulnerabilidade: “a igualdade é uma visão macro, do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, onde a desigualdade se aprecia sempre pela comparação entre situações e pessoas [...]. Já a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidada, que apresenta traços de subjetividade, que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos” (grifo nosso) (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, *op. cit.*, p. 269).

instância, à própria dignidade humana⁸⁹. A questão foi bem percebida por Carlos Nelson Konder:

“Trazida do cenário da saúde pública, [a vulnerabilidade] foi presumida e generalizada nas relações de consumo, mas a recente doutrina a devolve à sua origem natal, restabelecendo e aprofundando o vínculo entre esse conceito e a inexorável fragilidade da condição humana. Nessa toada, diversos estudos foram publicados, dedicando-se à construção de mecanismos de tutela diferenciados para esses sujeitos submetidos, em sua humanidade, a condições ainda mais delicadas e mais necessitadas de tutela, com fundamento na solidariedade”⁹⁰.

Em um valioso esforço de sistematização, o autor procura distinguir duas situações que, embora similares, encontram fundamentos axiológicos distintos. Dessarte, deve ser reconhecida como *vulnerabilidade existencial* “a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial”, revelando verdadeira expressão do princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a *vulnerabilidade patrimonial* “se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua personalidade”⁹¹.

O enquadramento da relação jurídica como obrigacional, pertencente, portanto, ao campo patrimonial, não afasta a tutela da vulnerabilidade existencial. Essa vulnerabilidade pode decorrer tanto do fato de que, em algumas hipóteses, as situações existenciais integram a própria estrutura do contrato, como de que, em outros casos, os contratos se revelam como meios de satisfação a interesses existenciais⁹².

89 Como faz Maria Celina Bodin de Moraes: “Com efeito, da mesma forma que em Kant com a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui. Neste ambiente de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que se manifeste. Terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei.” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”. In: **Na Medida da Pessoa Humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 83-84).

90 KONDER, Carlos Nelson. “O Segundo Passo: do consumidor à pessoa humana”. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, jul./set., 2014, p. 295.

91 KONDER, Carlos Nelson. “Vulnerabilidade Patrimonial e Vulnerabilidade Existencial: por um sistema diferenciador”. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 99, mai./jun., 2015, p. 111.

92 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 290-294.

Se é possível conceber a proteção dos sujeitos vulneráveis no âmbito contratual, a mesma lógica não pode ser estendida ao campo específico das relações mercantis. Conforme já asseverado, nessa espécie de contrato, são postos em jogo interesses unicamente patrimoniais. Mais que isso: as pessoas jurídicas que desenvolvem atividades econômicas (no caso, as sociedades empresariais) titularizam exclusivamente interesses patrimoniais⁹³. A vulnerabilidade existencial, conceito jurídico vinculado à pessoa humana, sua dignidade, e os interesses existenciais que dela decorrem, torna-se, por definição, inaplicável à hipótese. Destarte, *em regra, não há que se falar em tutela da vulnerabilidade existencial em contratos entre empresários*.

Vislumbra-se, no entanto, uma exceção ao enunciado acima. Como se sabe, a configuração da empresa prescinde de constituição na forma societária, podendo ser exercida a atividade empresarial por pessoa natural, o chamado empresário individual. O empresário individual exerce a empresa em nome próprio, respondendo ilimitadamente pelas obrigações contraídas no exercício de sua atividade econômica. Embora seja titular das situações patrimoniais vinculadas à exploração da empresa, também é possuidor de dignidade e das situações existenciais que dela defluem, podendo ser admitido, ao menos em tese, que se apresente como vulnerável (no aspecto existencial) em suas relações econômicas com outros empresários⁹⁴. Tal vulnerabilidade, no entanto, deve sempre ser demonstrada, e jamais presumida, em razão de seu caráter notoriamente excepcional, afastando-se da presunção de hipersuficiência imputada aos empresários.

O reconhecimento da vulnerabilidade existencial de um dos contratantes enseja uma aplicação mais intensa do princípio da dignidade humana, que atua sobre a eficácia da boa-fé objetiva para lhe conferir um verdadeiro *caráter protetivo*. Em que pese este caráter não integrar ontologicamente o conteúdo da boa-fé objetiva⁹⁵, é preciso recordar que a boa-fé se adapta às circunstâncias do caso concreto, sendo a (possível) vulneração à dignidade de uma pessoa um dado particularmente relevante.

93 TEPEDINO, "O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais". In: **Temas de Direito Civil**, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 33. No mesmo sentido, o Enunciado 286 da IV Jornada de Direito Civil do CJF: "Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos".

94 Além do empresário individual e da sociedade empresarial, a Lei nº 12.441, de 2011, incluiu no Código Civil a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Tratando-se de nova espécie de pessoa jurídica exercente de atividade econômica, aproxima-se mais, para os efeitos aqui analisados, da figura da sociedade, não devendo lhe ser reconhecida a vulnerabilidade existencial nas relações que travar com outros empresários.

95 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. "A Boa-Fé Objetiva...", *op. cit.*, p. 34.

Este caráter protetivo se exprime na função hermenêutica determinando uma interpretação do acordo de modo a favorecer o contratante vulnerável. Sob o prisma do direito positivo, pode-se afirmar que a vulnerabilidade existencial autorizaria a aplicação analógica do artigo 47 do CDC⁹⁶, por se tratar de meio idôneo à proteção da dignidade do vulnerável. Os deveres instrumentais imputados ao contratante **não vulnerável se tornam** aprioristicamente mais intensos, refletindo o propósito defensivo da invocação à boa-fé.

Frise-se que *a boa-fé só poderá assumir essa feição protetiva nas relações empresariais quando houver um empresário individual em comprovado estado de vulnerabilidade existencial.*

Quando constatada mera assimetria de poderes entre os contratantes, ou seja, vulnerabilidade patrimonial, a verticalidade da relação impõe maiores restrições à autonomia negocial, ampliando a intensidade dos deveres e limitações irradiados da boa-fé, afastando-se a mitigação apontada no contexto empresarial. A questão é objeto de densa reflexão por parte de Judith Martins-Costa:

*“Enfim, o intérprete deve também mergulhar no fato para averiguar como se apresentam as respectivas situações jurídicas subjetivas e como é traçada a efetiva relação de poder, jurídico e de fato, entre os partícipes do vínculo. Se se tratar de uma relação entre empresas e não houver uma situação de monopólio de fato, mas de relativa igualdade de negociação, o dever de informar, gerado pela boa-fé, terá muito menor intensidade do que na hipótese de a relação estar fundada em assimetria entre as partes, em estruturas faticamente verticais que desmentem o mito de uma ‘horizontalidade’ insita às relações interprivadas e, portanto, nelas sempre presentes. Aliás, **a maior ou menor atuação da boa-fé objetiva e o maior ou menor espaço concedido à autonomia negocial estão em direta dependência da estrutura, horizontalizada ou verticalizada, simétrica ou assimétrica, subjacente à relação jurídica em causa.** Quanto maior o peso da horizontalidade, maior será o espaço da autonomia negocial e com menor intensidade incidirá a boa-fé em sua função limitadora de direitos subjetivos,*

96 “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

formativos e posições jurídicas. Inversamente, quanto maior a assimetria (jurídica, econômica, informativa, política), mais diminuto será o espaço de exercício da autonomia, e mais fortemente serão irradiados os deveres e limites decorrentes da boa-fé"⁹⁷ (grifo nosso)

Com efeito, **é dessa vulnerabilidade patrimonial que cogita a doutrina comercialista**⁹⁸ ao afirmar que assimetria resgata a força plena dos deveres anexos. Note-se que não há, em tese, qualquer impossibilidade de que esta forma de vulnerabilidade seja reconhecida a pessoas jurídicas, podendo afetar os contratos empresariais entre sociedades.

O fato de tanto a vulnerabilidade existencial como a patrimonial resultarem na intensificação dos deveres anexos não deve criar a ilusão de que a distinção seria irrelevante. Na primeira hipótese, a boa-fé atua como mecanismo de controle da conduta das partes para proteger valores existenciais, a própria pessoa do contratante, impondo-se de forma mais rigorosa e direcionando a interpretação global do acerto de maneira mais benéfica para o vulnerável, já que a pessoa humana requer tutela integral em nosso ordenamento. De outra sorte, havendo mero desequilíbrio, a boa-fé atuará como elemento de compensação, na intensidade necessária para igualar a posição dos parceiros obrigacionais; sendo patrimoniais os interesses, a interpretação do negócio deverá ser mais fiel à função social e econômica do pacto, sem que favoreça preliminarmente qualquer dos contratantes.

Desse modo, é correta a conclusão da doutrina de que a vulnerabilidade de um dos partícipes da relação conduz ao afastamento da mitigação dos deveres decorrente da qualificação da obrigação como empresarial. Todavia, é preciso indagar de qual das hipóteses de vulnerabilidade se trata, para que se possa conferir tutela quantitativa e qualitativamente adequada⁹⁹.

Em qualquer dos casos, subsiste a acurada advertência de Gustavo Tepedino:

“não se pode banalizar a expressão jurídica da vulnerabilidade, obliquamente empregada para favorecer o pequeno empresário”

97 MARTINS-COSTA, Judith. "A Boa-Fé Objetiva e o Adimplemento das Obrigações". **Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, v. 200, 2003, p. 18-19.

98 MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre Empresas**, op. cit., p. 128-136, 156-157.

99 KONDER, Carlos Nelson. "Vulnerabilidade Patrimonial...", p. 109-110.

rio ou o acionista minoritário, mediante a invocação da hipossuficiência haurida da doutrina do Consumidor. Na esteira de teorias maximalistas, acaba-se por perder a dimensão axiológica dos contratos empresariais no âmbito do sistema”¹⁰⁰.

8. CONCLUSÃO: OS CAMPOS NORMATIVOS NO CONTEXTO DOS PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DA BOA-FÉ

Ao longo do trabalho, tentou-se demonstrar a importância da análise do campo no qual a relação jurídica concretamente acontece para a construção da eficácia do princípio da boa-fé objetiva. Na seara empresarial, os interesses econômicos, a lógica de mercado, bem como outros fatores peculiares influem na determinação da conduta exigível do contratante. Não se trata de negação da centralidade da pessoa humana no ordenamento constitucional, mas sim da construção de uma normatividade axiológicamente compatível com a situação fática disciplinada.

No entanto, por mais relevante que seja essa avaliação, o campo normativo no qual a obrigação se desenvolve não é o único critério a ser observado pelo intérprete na concreção da cláusula geral de boa-fé. A doutrina aponta uma série de outros elementos que devem ser considerados, como a fase na qual a relação obrigacional se encontra, a materialidade da situação jurídica subjacente¹⁰¹, a duração do vínculo¹⁰² e o objeto do contrato¹⁰³.

O intérprete deverá tomar em conta todos esses dados no momento de definir a exata operatividade da boa-fé em um caso concreto. A observância a parâmetros objetivos e predefinidos afasta o risco de subjetivismos e insegurança no momento da aplicação. Consolidada-se, assim, o papel central desempenhado pela boa-fé no direito privado, não como mero discurso retórico do julgador, mas sim como efetivo mecanismo de controle da conduta dos parceiros no processo obrigacional, colaborando para a construção de um ambiente negocial ético e solidário. ❖

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. "Contratos Empresariais...", *op. cit.*, p. vi.

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. "Critérios para Aplicação...", p. 194.

¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith. "O Caso dos Produtos Tostines", *op. cit.*, p. 534.

¹⁰³ Sobre o paradigma da essencialidade e seu impacto na renovação da teoria contratual, cf.: NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos*, *op. cit.*, *passim*.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. "O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana". *In: Na Medida da Pessoa Humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120.

_____. "O Princípio da Solidariedade". *In: Na Medida da Pessoa Humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 237-265.

CARPENA, Heloísa. "O Abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional". *In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 423-443.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

FORGIONI, Paula A.. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. "Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos". **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 1, jan./mar., 2000, p. 3-12.

KLEIN, Vinícius; BITENCOURT, Thiago Wiggers. "Boa-Fé Objetiva e a Aplicação no Direito Empresarial". **Percurso**. Centro Universitário Curitiba, v. 13, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/index>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

KONDER, Carlos Nelson. "O Segundo Passo: do consumidor à pessoa humana". **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, jul./set., 2014, p. 294-297.

_____. "Vulnerabilidade Patrimonial e Vulnerabilidade Existencial: por um sistema diferenciador". **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 99, mai./jun., 2015, p. 101-123.

LUPION, Ricardo. **Boa-Fé Objetiva nos Contratos Empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consu-**

midor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. ; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. "Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: a boa-fé nas relações de consumo." *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

_____. "A Boa-Fé Objetiva e o Adimplemento das Obrigações". **Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, v. 200, 2003, p. 9-39.

_____. "Os Campos Normativos da Boa-Fé Objetiva: as três perspectivas no Direito Privado brasileiro". *In*: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paulo (coords.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas**: Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 387-421.

_____. "O Exercício Jurídico Disfuncional e os Contratos Interempresariais: notas sobre os critérios do artigo 187 do Código Civil". **Revista do Advogado**. São Paulo, ano XXVIII, n. 96, mar. 2008, p. 48-58.

_____. "O Caso dos Produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na resilição de contratos duradouros e na caracterização da *supressio*". Comentários ao acórdão no REsp 401.704/PR (rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro – Desembargador convocado do TJ/AP, DJe 02.09.2009). *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 513-542.

_____. "Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de Direito e Abusividade Contratual. Boa-fé Objetiva (Parecer)". **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, v. 55, jan./mar. 2012, p. 321-381.

_____. "Critérios para Aplicação do Princípio da Boa-Fé Objetiva (com ênfase nas relações empresariais)". *In*: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de Fradera (orgs.). **Estudos de Direito Privado e Processual Civil**: em homenagem à Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189-229.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **A Boa-Fé no Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. "Princípios Fundamentais do Direito dos Contratos". In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.). MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (orgs.). **Direito Uerj 80 Anos: Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 201-221.

TEPEDINO, Gustavo. "Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento". In: **Temas de Direito Civil**, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3-19.

_____. "O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais". In: **Temas de Direito Civil**, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 21-40.

_____. "Contratos Empresariais e Unidade do Ordenamento". Editorial da **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 49, jan./mar. 2012, p. v-vii.

_____; SCHREIBER, Anderson. "A Boa-Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celine. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Empresariais: categoria – interface com contratos de consumo e paritários – revisão judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

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.