

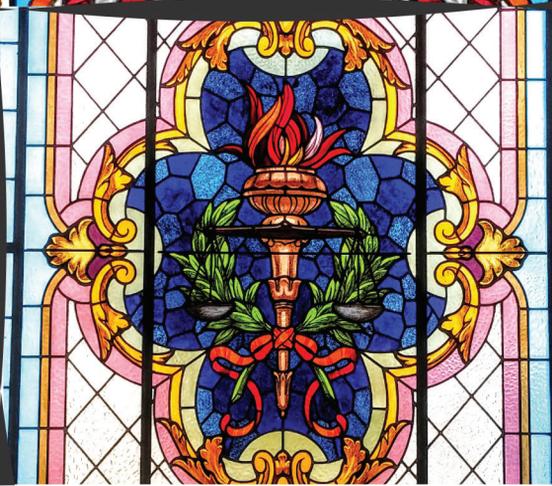


REVISTA DA

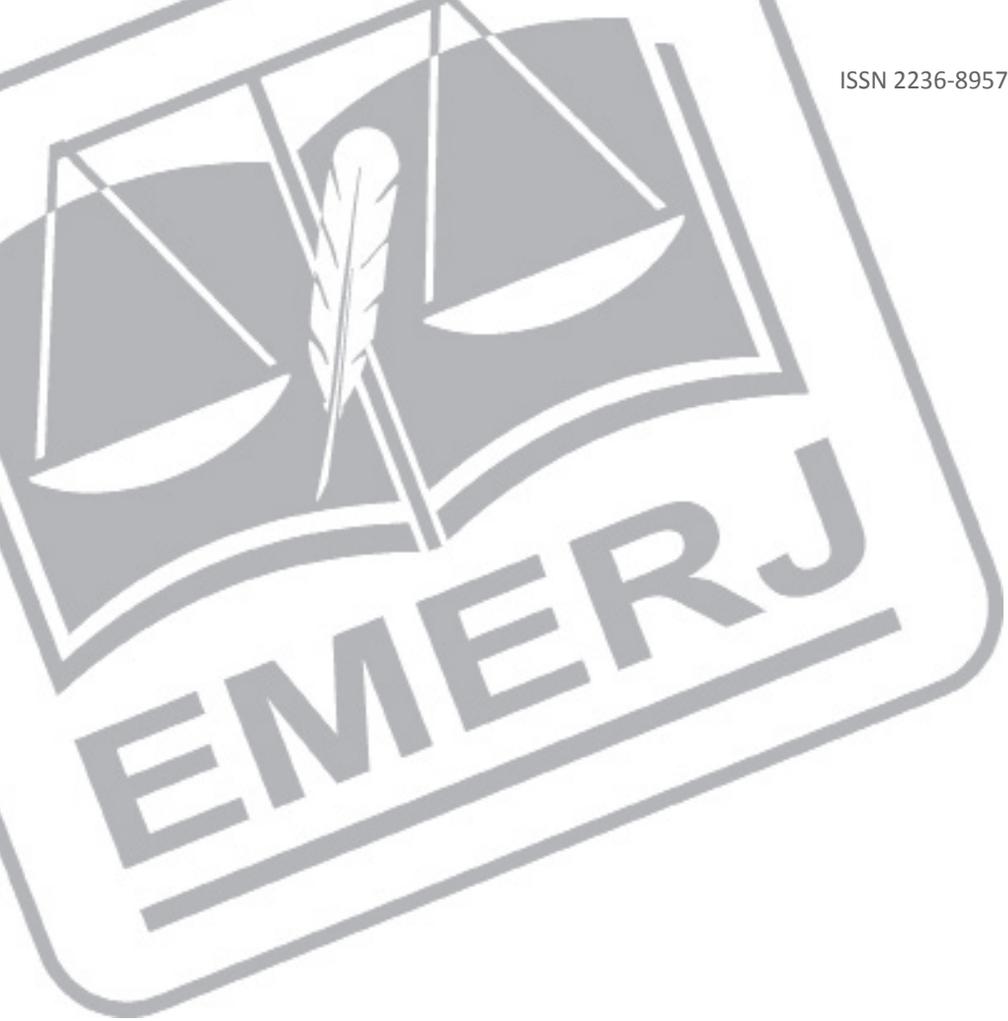
ISSN 2236-8957

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
V. 19 ♦ N. 75 ♦ Julho/Agosto/Setembro ♦ 2016



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

V. 19 - n. 75 - Ano 2016
Julho/Agosto/Setembro

Rio de Janeiro

© 2016 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 Cavaliere 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; **Fotografias:** Marcelo Melim; **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.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

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 / 3133-2561
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**
- 9 | Função Social da Posse**
Adriana Castanon Moreira da Silva
- 31 | Choque de Realidades na Busca da Cidadania**
Álvaro Mayrink da Costa
- 39 | Juízos Discricionários, Subjetivismo, Solipsismo e o (li-vre) Convencimento no CPC/15**
Haroldo Lourenço
- 53 | Tutela Coletiva dos Direitos dos Minoritários**
Jorge Lobo
- 56 | A Evolução da Teoria da Desconsideração da Personali-dade Jurídica: Aspectos Materiais e Processuais**
José Tadeu Neves Xavier
- 86 | A Importância do Desempenho do Advogado no Pro-cesso de *Disclosure***
Luiz Felizardo Barroso
- 96 | Meios Alternativos de Solução de Controvérsias: Verda-des, Ilusões e Descaminhos no Novo Código de Proce-ssso Civil**
Marcelo Barbi Gonçalves
- 131 | Direito à Moradia como Direito da Personalidade**
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Thaís Boia Marçal

- 158 | Propriedade Fiduciária, Recuperação Judicial e o Abuso de Direito: Superando o Antagonismo**
Maria Cristina de Brito Lima
Beatriz Portilho Florentino
Felipe Firmida de Oliveira
- 170 | Justiça Restaurativa e seus Desdobramentos**
Marina Costa Monteiro de Queiroz
- 193 | Justiça e Política: Arenas de Desiguais (Justice and Politics: Arena of Unequals)**
Marcelo Moraes Caetano
Alexandre Chini
- 207 | Dos Danos Sociais**
Reis Friede
Luciano Aragão
- 234 | Magistrado e Magistério**
Rodrigo Lopes Lourenço
- 244 | Autarquias Reguladoras do Sistema Privado e Adoção de Regime Jurídico Híbrido a Seus Servidores**
Sérgio Alexandre Camargo
- 268 | O Impacto da Lei Anticorrupção na Recuperação Judicial de Empresas**
Vanderson Maçullo Braga Filho
Luiz Roberto Ayoub
- 285 | O Silêncio sobre o Processo de Feminização da Magistratura: Relatos de Algumas Experiências e Perspectivas das Juízas Pioneiras no Brasil**
Veridiana Parahyba Campos
- 305 | Normas para Apresentação de Artigos**

Apresentação

O mandato do Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa à frente da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, no biênio cujo encerramento se avizinha, caracteriza-se, já se pode dizer, por uma gestão democrática, preocupada em garantir a diversidade de ideias e debates teórico-práticos em todos os seguimentos de atuação da EMERJ – cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados, cursos de pós-graduação e especialização, fóruns permanentes de variados eixos temáticos etc. –, priorizando não só a dogmática jurídica, mas um necessário estudo interdisciplinar, que envolve matérias de outras áreas de conhecimento, especialmente humanistas, hoje indispensáveis para a atividade jurisdicional diante da complexidade das relações sociais e suas imbricações filosóficas, políticas, econômicas, históricas e culturais.

Nessa direção, aliás, a EMERJ se encontra estritamente alinhada às diretrizes pedagógicas estabelecidas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça e tem atribuição constitucional para disciplinar cursos oficiais para magistrados, nos termos do art. 105, parágrafo único, I, da Constituição da República.

A Revista da EMERJ, coordenada pelo Desembargador Nagib Slaibi Filho, segue, nesse mesmo diapasão, selecionando e oferecendo excelentes artigos à comunidade jurídica, sobre os mais relevantes temas e variadas áreas de atuação e interesse, todos sempre com o traço comum da atualidade e sem descurar, quando pertinente, do respectivo viés constitucional, a referendar o sistema de direitos e garantias fundamentais consagrado pelo constituinte de 1988 em prol da dignidade da pessoa humana.

Assim, nesta edição de número 75, o público leitor encontrará artigos relacionados ao direito civil, ao direito processual civil, ao direito empresarial, ao direito administrativo, ao direito penal e processual penal, um de natureza filosófica que versa sobre Justiça e Política e outro que

trata da feminização da Magistratura, cuja abordagem revela a história da desigualdade de gênero no âmbito interno do Poder Judiciário, que ainda hoje se faz presente, como, de resto, é vivenciada intensamente nos demais espaços da nossa sociedade.

No tocante à desigualdade de gênero, não se pode deixar de registrar que a EMERJ tem contribuído sobremaneira para o debate de superação da discriminação contra a mulher, não só no meio social em geral, mas, também, em particular, na atuação do próprio Poder Judiciário. Disso são exemplos o Curso de Especialização/Pós-Graduação em Gênero e Direito, iniciado no último mês de março do corrente ano, sob a coordenação da Juíza Adriana Ramos de Mello, e a realização no ano passado de importante Seminário Internacional intitulado “Violência de Gênero e Feminicídio”, que resultou, inclusive, na edição especial de número 72 da Revista da EMERJ, com matérias valiosas sobre o tema.

De modo que a Revista da EMERJ, na edição que ora se traz a lume, permanece fiel a sua vocação acadêmica de fomentar debates jurídicos de qualidade visando ao aprimoramento da prestação jurisdicional, sem descuidar da interdisciplinaridade e do respeito à diversidade de pensamentos.

Vê-se, portanto, o elevado grau de importância dessa publicação periódica, que, ao lado de outras tantas atividades acadêmicas desenvolvidas pela EMERJ, se projeta como vigoroso instrumento de propagação de debates atuais e relevantes, com respeito à livre manifestação do pensamento, o que se afigura essencial num Estado Democrático de Direito, mormente quando este, para muitos, parece estar em crise em decorrência do atual momento conturbado sociopolítico pelo qual atravessa a nossa jovem democracia.

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Diretor-Adjunto da EMERJ

Função Social da Posse

Adriana Castanon Moreira da Silva

Advogada. Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada em Direito Civil-Constitucional pela UERJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Surgimento do Princípio da Função Social da Posse e sua relação com a Função Social da Propriedade; 3. A Função Social da Posse e a Jurisprudência; 4. Definição da Função Social da Posse; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre a origem e inserção no ordenamento brasileiro do princípio da função social da posse, em uma visão crítica e analítica a respeito de sua funcionalização. Enfatiza aspectos doutrinários e jurisprudenciais com a finalidade de apresentar o panorama atual da discussão sobre esse tema relativamente novo, e altamente polêmico, que se relaciona com o art. 5º, XXIII, CRFB/88, em que se lê “função social da propriedade”, mas que por analogia, entende-se também tratar da “função social da posse”.

Seria este um princípio social ou um princípio do particular? Poderia ele ser usado para justificar a autonomia da vontade ou é uma defesa social contra tal? Essas questões, bem como demais problematizações sobre o assunto, encontram-se debatidas no corpo do artigo, no qual serão ponderadas com a ajuda de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a partir de uma lógica social moderna, qual seja, a funcionalização da posse em prol da sociedade, sem abdicar do indivíduo.

2. SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E SUA RELAÇÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O século XX inovou a estrutura das relações sociais e econômicas, apresentando um direito de cunho muito mais social, ético e efetivo¹ do

¹ TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. "A Posse-Trabalho"; Tese de Mestrado em Direito; Pontifícia Universidade Católica; São Paulo – 2006.

que aquele que o precedeu no século XIX, no qual a propriedade tinha um significado fortemente econômico relacionado ao seu valor de uso ou troca. Ela era instituto principal do direito privado e regulava todos os bens.²⁻³

O doutrinador Fábio Konder Comparato⁴ alegava, sobre a propriedade do século XIX, sua dupla natureza que recebia proteção constitucional, sendo de direito subjetivo e de instituto jurídico. No primeiro caso, era protegida contra as expropriações impostas pelos Poderes Públicos, garantia da liberdade individual. E no segundo, contra eventual tentativa do próprio legislador de suprimi-la do sistema legal ou alterar seu conteúdo essencial.

Foi com a II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada em Istambul em 1996⁵, que se começou a discutir sobre o conflito existente entre o direito tradicional de propriedade dos locatários e o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar, que merecia proteção semelhante ao primeiro, daí a necessidade de criação de um direito autônomo para a habitação.⁶ Consolida-se então a ideia de posse do séc. XXI, segundo a qual não basta apenas estar em contato direto com a coisa; esse contato direto tem que buscar efetivar o princípio da função social.

O direito à propriedade encontra-se enunciado dentro dos direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, XXII, CRFB/88, devidamente acompanhado da exigência ao cumprimento da função social no artigo 5º,

2 Como exemplo de sua importância, Rousseau no Discurso sobre a Economia Política afirmou que o fundamento do pacto social é a propriedade, bem como de todos os direitos civis, não podendo subsistir nenhum outro no caso de abolição da mesma.

3 Nesse sentido, ver: LARENZ, Karl. *in* MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião**; RADBUCH, Gustav *in* MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião**.

4 COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. “Embora tendo sido declarada, no início do constitucionalismo moderno, direito fundamental da pessoa humana e garantia ‘inviolável e sagrada’ da liberdade individual, sem a qual ‘não há Constituição’, a propriedade passou a ser estudada pela teoria jurídica no século XIX, como um instituto de direito privado, estranho à matéria constitucional.”

5 Vide Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, art.15- “Esta conferência em Istambul marca uma nova era de cooperação, uma era da cultura da solidariedade. À medida que entramos no século XXI, nos oferecemos uma visão positiva dos assentamentos humanos sustentáveis, um senso de esperança para o nosso futuro comum e um estímulo para enfrentarmos um desafio verdadeiramente válido e comprometedor, o de construirmos juntos um mundo onde todos possam viver em uma casa segura, com a promessa de uma vida decente, com dignidade, boa saúde, segurança, felicidade e esperança.”; (*United Nations Conference on Human Settlements — Habitat II*) realizada em Istambul, Turquia, entre 3 e 14 de junho de 1996.

6 RICCITELLI, ANTONIO. **Função Social da Propriedade**. “A II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada em Istambul em 1996, preconizou a necessidade de criação de um direito autônomo fundamental para a habitação, face ao conflito existente entre o direito tradicional de propriedade dos locatários e o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar que passou a gozar de proteção semelhante à daquele.”

XXIII⁷, da Constituição Federal. Sem embargo das discussões existentes e que serão abordadas adiante, a melhor doutrina entende que “no ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme, não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade.”⁸

Ainda sobre o tema, Duguit afirmou ser o princípio da função social da propriedade ‘o precursor da ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como funcionário’. Nisso, a propriedade deixa de ser o direito subjetivo do indivíduo e se torna função social do detentor da coisa; “a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder”⁹.

Em uma análise geral¹⁰, conclui-se que a posse passa, em alguns casos, a preponderar sobre o direito de propriedade, principalmente quando transparecer a sua função social.

Para Orlando Gomes, o termo “função” define a forma concreta de operar um direito de características morfológicas particulares e notórias. Já “social” traduz “critério de avaliação de situações jurídicas ligadas ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, para maior integração do indivíduo na coletividade. Em substância: como um “parâmetro elástico” por meio do qual se transfere para o âmbito legislativo ou para a consciência do juiz certas exigências do momento histórico, nascidas como antítese no movimento dialético da aventura humana.” (...) “a partir do momento em que o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido

7 Art. 5º, XXII - “é garantido o direito de propriedade”; art. 5º, XXIII- “a propriedade atenderá sua função social” (CRFB/88).

8 Pietro Perlingieri, **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil-Constitucional, cit. p. 121.

9 Léon Duguit, **Las transformaciones del derecho público y privado**. Trad. Adolfo G. Posada, Ramon Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 236 *apud* Carlos Roberto Gonçalves, *Direito*. cit. p. 221 e 222.

10 Sobre o tema ver: Luis Edson Fachin. **O estatuto da proteção possessória**; Fredie Didler Jr. **Função social da propriedade**; ARONE, Ricardo. *in* FARIAS, Jéferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro**; Francisco Cardozo de Oliveira, **Hermenêutica**.

tão somente para satisfação do seu interesse, a função da propriedade tornou-se social”¹¹.

Ou seja, traduz o interesse coletivo e não só o próprio do dono, de modo que o proprietário tem o poder-dever do exercício de seu domínio, no entanto, sancionável pela ordem jurídica através de alguns institutos, como ex. a CRFB/88 prevê IPTU ou ITR progressivos no caso de má utilização da propriedade¹².

É a harmonização dos interesses do indivíduo com os da coletividade. É a preservação do bem, a capacidade de multiplicação de riqueza e consequente utilidade coletiva.

Nessa esteira, Pietro Perlingieri leciona que “em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.”¹³

Importante se torna o estudo da função social do instituto jurídico posse como fundamento¹⁴ da função social da propriedade levando em consideração que a função social da posse está implicitamente positivada na constituição junto com a função social da propriedade, diferindo desta no que tange à procura de “identidade cultural e social mais ampla e realista, condensando valores do direito privado.”¹⁵

Dessa forma, segundo Antonio Hernandez Gil, “*a função social da propriedade somente pode ser desempenhada mediante o cumprimento da função social da posse, pois é essa que representa o exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio; conseqüentemente se esta não estiver contribuindo para o bem estar coletivo, atendendo assim sua função social, também não estará a propriedade.*”

11 GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. cit. p. 125.

12 Ex.: Art. 156, § 1º c/c 182 § 2º CRFB/88; art. 186 CRFB/88, e Súm. 668 STF, TJRS, AI7003434388, 06/11/2001, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Junior. In FARIAS, Jéferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro**; “... o direito de propriedade vai expor-se a sanções fundamentalmente de duas ordens: as decorrentes da infringência as normas do poder de polícia, ou então a perda da propriedade na forma da constituição.” E ainda ARONE, Ricardo. In FARIAS, Jéferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro**; “função social da propriedade pelos particulares é meta a ser cumprida pelo Estado, para o que esse é municiado pelo ordenamento com diversos institutos, como o da desapropriação, sanção, progressividade fiscal, ou parcelamento compulsório do solo.”

13 **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil-Constitucional, cit. p. 226.

14 Sobre o tema ver: Luis Edson Fachin. **O estatuto da proteção possessória**; Fredie Didier Jr. **Função social da propriedade**.

15 TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. “A Posse-Trabalho”; Tese de Mestrado em Direito; Pontifícia Universidade Católica; São Paulo – 2006.

Em outras palavras, seja decorrente de fato, seja decorrente de direito,¹⁶ a posse sempre tem que cumprir uma finalidade social, ter funcionalidade. A posse é a exteriorização da propriedade. Vale aqui ressaltar que se admite a posse, bem como a Função Social da Posse como autônomas e como derivadas da propriedade/Função social da Propriedade,¹⁷ dependendo de uma análise casuística para distingui-las.

Quando percebe-se que a posse, por si só gera direitos autônomos para seu possuidor, temos a posse como instituto autônomo. Por outro lado, quando ela não gera direitos autônomos, diz-se que ela deriva da propriedade, é o caso do detentor da posse. Em outras palavras, aquele que possui a posse direta e legitimidade para pleiteá-la em juízo tem a função social da posse com autonomia da função social da propriedade, visto que, em sendo possuidor, não possui a propriedade da coisa, e não há que se falar em função social da propriedade. Já no caso do detentor, este exerce a função social da posse, no lugar do proprietário, visto que possui diretamente o bem por autorização dele, em nome dele¹⁸. Nesse caso¹⁹, a função social da posse se apresenta como derivada da função social da propriedade.

16 Em breves palavras, quanto à discussão relativa à natureza jurídica da posse, seria fato que corresponde, exteriormente, à utilização direta, econômica usual da coisa, de acordo com a Teoria Subjetiva de Savigny, defendida por Tupinambá Miguel Castro Nascimento, Sílvio Rodrigues; e por outro lado seria direito, acordando com a Teoria Objetiva de Ihering, adotada pelo CC/2002, meio de exteriorização do direito de propriedade, também citada por Caio Mario, Orlando Gomes.

17 Partilham desse entendimento, FARIAS, Jeferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, p. 47: "observou-se a existência de autonomia entre posse e propriedade, bem como, em contrapartida, que ambas podem conviver de forma absolutamente harmônica."; ARONNE, Ricardo. **Titularidades e apropriação no novo Código Civil Brasileiro-Breve ensaio sobre a posse e a sua natureza**: "Os elos estabelecidos entre a posse e a propriedade são fatos inarredáveis ao estudioso do direito, os quais não se ignoram, ainda que se apregoe a identidade autônoma da posse presente desde tempos imemoriais nas relações positivas. Na mesma intensidade que o liberalismo aproxima a noção de liberdade à propriedade, a noção de posse também se afilia para com a de propriedade."; ZAVASCKI, Teori Albino. "A tutela da posse na constituição e no projeto do novo Código Civil", in FARIAS, Jeferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro**: "a disciplina da posse e a correspondente tutela jurídica se dão indiretamente, na medida e em consideração àquilo que ela representa como concretização do princípio da função social das propriedades".

18 CHAMOUN, Ebert Vianna. **Direito Civil**. Ed. Aurora, cit. p. 20-23: "Se distingue na dogmática de nosso Código Civil, a posse da detenção. É uma questão de mera autonomia. Se alguém estiver no exercício pleno ou não de algum dos poderes, EM SEU PROPRIO NOME, é possuidor, mas se o estiver EM NOME ALHEIO, é apenas detentor. É, pois, uma maior ou menor autonomia que caracteriza a distinção entre a posse e a detenção. O detentor é apenas um fâmulos da posse alheia e é por isto que os alemães chamam (*besitz diener*) 'o criado da posse' ao detentor."

19 Evidencia-se aqui este caso determinado de detenção, visto que se entende que a detenção se apresenta também de outras formas. Ela não ocorre apenas quando há propriedade. Mesmo que alguém possua um bem sem ter a propriedade pode constituir um detentor, é o caso do caseiro, empregada, etc. "A detenção, em uma palavra, exclui a posse. O detentor não exerce os poderes inerentes ao domínio já que age em nome do possuidor e subordinado as suas orientações..." "A doutrina destaca, contudo não ser a função que uma pessoa exerce como empregado, operário ou mandatário, para citar os exemplos já mencionados, o fator determinante para caracterizar a detenção. Para a configuração do servidor da posse, imprescindível se afigura a relação de dependência com o legítimo possuidor, uma vez que tais pessoas (empregado, operário, mandatário) podem exercer de fato a posse, em nome próprio, sobre as coisas que lhe haviam sido confiadas em sua guarda." TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil-Direito das Coisas**. Ed. Saraiva 2011. Cit. p. 78-85.

A partir do supracitado, referente ao entendimento de Antonio Hernandez Gil, pode-se entender que função social da posse é a exteriorização da função social da propriedade e está protegida como corolário, como consequência desta. Ou seja, o possuidor a cumpre no lugar/em nome/em substituição do proprietário, obedecendo à função social da propriedade quando função social da posse se insere nela.

A CRFB/88 requer que se cumpra a função social, que é econômica, é humana (moradia), ambiental (reserva ecológica)... Sempre que o proprietário não a cumpre, e alguém cumpre em seu lugar temos a materialização da função social da posse de forma autônoma à função social da propriedade, entendendo que uma vez que a última não foi cumprida, a primeira passa a gerar direito para o possuidor.

Vê-se assim o aparecimento da função social da posse também como um desprestígio ao abuso do direito de propriedade, bem como a função social da propriedade, funcionando como um freio à expansão do poder individual.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A JURISPRUDÊNCIA

Na Jurisprudência, percebe-se uma clara dicotomia, de um lado conjugando a Função Social da Posse com outros princípios, tais quais dignidade da pessoa humana, direito a moradia, como se ela só se revelasse em conjunto ex.: 0013475-09.2007.8.19.0055- APELAÇÃO TJRJ (infra-mencionado) e de outro lado, tendo-a como princípio autônomo, ex.: 0091824-33.2003.8.19.0001- APELAÇÃO TJRJ (inframencionado), que se basta por si só, mas percebe-se que ambas as correntes convergem para o mesmo fim, o de que a função social deve atender a melhor utilidade comum, baseando-se no fato de que a norma constitucional é a razão primária e justificadora das relações jurídicas, constituindo parte integrante da normativa que se concretiza de um ponto de vista funcional.²⁰

O STF, no julgamento da ADIN 2213, decidiu que “o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF 5º XXIII) legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera domi-

20 “A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (Pietro Perlingieri, **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional**, cit., p. 12.)

nial privada, observados, contudo, para esse feito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade” (STF, Pleno, ADIN 2213-DF Medida Cautelar), rel. Min. Celso de Mello, 04.04.2002, julgamento em 4-4-2002, Plenário, *DJ* de 23-4-2004. **No mesmo sentido: MS 25.284**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, *DJE* de 13-8-2010.²¹

A partir deste, bem como de uma análise de demais julgados do STF, fica claro que a Corte Suprema considera a Função Social princípio autônomo, que inclusive justifica, na forma da lei, a intervenção estatal na posse ou propriedade do particular. Nas suas palavras, “a própria Constituição da República, ao impor ao Poder Público dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada... especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente... (**MS 22.164**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, *DJ* de 17-11-1995).”

O STJ também dá a sua parcela de contribuição a esta teoria na mesma linha que o STF, sustentando que o princípio tem autonomia e pode se impor por si só no tocante a considerar que aos expropriados que efetivamente exerciam a função social em suas propriedades é assegurada a continuidade de suas atividades de exploração da terra, com a vanta-

21 Demais posicionamentos do STF relacionados ao art. 5º XXIII CRFB/88- “a propriedade atenderá a sua função social”;

“É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da EC 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.” (**Súmula 668**)

“O STF firmou o entendimento – a partir do julgamento do **RE 153.771**, Pleno, 20-11-1996, Moreira Alves – de que a única hipótese na qual a Constituição admite a progressividade das alíquotas do IPTU é a do art. 182, § 4º, II, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.” (**AI 456.513-ED**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28-10-2003, Primeira Turma, *DJ* de 14-11-2003.) **No mesmo sentido: RE 192.737**, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 5-6-1997, Plenário, *DJ* de 5-9-1997.

“O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade (...).” (**RE 178.836**, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 8-6-1999, Segunda Turma, *DJ* de 20-8-1999.)

“A própria Constituição da República, ao impor ao Poder Público dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (...).” (**MS 22.164**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, *DJ* de 17-11-1995.)

gem da regularização, com título definitivo e sem as incertezas e dúvidas dominiais que o imóvel expropriado oferecia. Não obstante, não houve perda da posse, mas sim a simples convalidação do título, promovendo aquela autarquia a regularização da situação fundiária local. Assim, o expropriado que não exercia a função social da posse não tem direito a receber nenhuma indenização, na medida em que “as concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados anteriormente à vigente Constituição, devem ser interpretadas como legitimando o uso, mas não a transferência do domínio de tais terras, em virtude da manifesta tolerância da União, em reconhecimento da legislação federal”.²²

Pode-se dizer que o STJ evidencia critério objetivo à concessão da aplicação da Função Social da Posse, “ali realizou benfeitorias, como plantações, casa, cercas e pasto, através das quais produziu alimento, ou seja, ocupou a terra para seu sustento”²³, qual seja o *animus possidendi*, a partir da comprovação de que a pessoa realmente era possuidora e usava sua posse para fins de se promover e ainda, considerando que essa promoção não gerasse danos sociais, teria aí direito a legalização de sua posse.

22 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. FAIXA DE FRONTEIRA DO PARANÁ. RETITULAÇÃO. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ÁREA DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Na espécie, procedida a imissão na posse e as devidas transcrições imobiliárias correspondentes, o Incra iniciou procedimento administrativo para a ratificação dos títulos expedidos a non domino pelo Estado do Paraná, em consonância com a Lei 4.947/1996, e nos termos do Decreto-lei 1.414/75.

2. Assim, o Incra viabilizou aos expropriados que efetivamente exerciam a função social em suas propriedades, a continuidade de suas atividades de exploração da terra, com a vantagem da regularização, com título definitivo e sem as incertezas e dúvidas dominiais que o imóvel expropriado oferecia.

3. Como bem consignado pelo magistrado singular - e confirmado pelo Tribunal regional - não houve perda da posse, mas sim a simples convalidação do título, promovendo, aquela autarquia, a regularização da situação fundiária local.

4. Nessa toada entendo que o expropriado não tem direito a receber nenhuma indenização, na medida em que “as concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados anteriormente à vigente Constituição, devem ser interpretadas como legitimando o uso, mas não a transferência do domínio de tais terras, em virtude da manifesta tolerância da União, e de expresso reconhecimento da legislação federal” (EDcl no RE 52.331/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Evandro Lins, DJ de 24.6.1964).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (STJ - REsp 1043808 / PR - RECURSO ESPECIAL - 2008/0067902-8; Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Julgado: 19/08/2010)

23 PROCESSUAL CIVIL. PROJETO DE ASSENTAMENTO. RECEBIMENTO DE IMÓVEL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REVISÃO IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ. SÚMULA N.7/STJ. INCIDÊNCIA.

1-A Corte Regional, à unanimidade, entendeu que a recorrida teria cumprido todos os requisitos inseridos no edital para fins de ser beneficiária do lote de terra, do que decorre a regularidade da posse e da licença de ocupação do bem em questão. Entendeu, ainda, que “a apelada cumpriu a função social inerente àquela terra, uma vez que ali realizou benfeitorias, como plantações, casa, cercas e pasto, através das quais produziu alimento, ou seja, ocupou a terra para seu sustento”. O pleito do INCRA não merece prosperar, porquanto a análise da pretensão recursal, com a consequente reversão do entendimento do acórdão recorrido, exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 desta Corte Superior. (...) (STJ - REsp 924772 / MT - RECURSO ESPECIAL - 2007/0038669-6; Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES; julgado: 07/12/2010)

Em apelação o TJRJ, entendeu que em face da “desídia dos proprietários registrais exteriorizada pela ausência prolongada, que se extrai do insucesso das diligências realizadas pelo Juízo no intuito de localizá-los...” Se caracteriza o descumprimento do princípio, motivo pelo qual se justifica “declarar os apelantes, proprietários do imóvel descrito na inicial, consoante o artigo 1.238 do Código Civil”²⁴.

E ainda, em outro julgado, “Considerando que os réus acreditavam estar adquirindo o imóvel de quem era o legítimo proprietário e, tendo em vista a função social da posse, impõe-se o reconhecimento do direito de retenção aos possuidores de boa-fé que construíram em terreno alheio, na forma do artigo 1.219 da legislação civil, que assegura ao possuidor de boa-fé o direito à indenização das benfeitorias necessárias e, conseqüentemente, o direito de retenção enquanto não lhe for pago o ressarcimento.”²⁵

Ambos considerando a função social da posse como princípio autônomo que se funda no dever do proprietário de promover, de dar utilidade ao seu bem, e caso não o faça, que o faça o possuidor, quem efetivamente está em contato com o bem, podendo inclusive gerar para ele direitos sobre o bem, tais quais, indenização das benfeitorias, o direito de retenção sobre elas, enquanto não ressarcidas, e até, direito possessório - usucapião.

Já em outra ocasião, o TJRJ apresentou razões de decidir evidenciando outro posicionamento, no sentido de que a função social da posse

24 0091824-33.2003.8.19.0001 - APELAÇÃO; DES. EDUARDO GUSMAO ALVES DE BRITO - Julgamento: 26/10/2010 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL; Apelação Cível. Ação de usucapião. Pretensão deduzida por possuidores de mais de 20 anos, que afirmam ter ingressado no imóvel como locatários, mas logo passado a exercer a posse com *animus domini*. Proprietários cujo paradeiro se desconhece. Citação por edital. Posse comprovadamente exercida de forma mansa e pacífica. Inversão do caráter da posse. Existência de atos que, de forma inequívoca, indicam a mudança da qualidade da posse, originalmente precária, como a cessação do pagamento de aluguéis, a realização de obras de conservação no bem e a quitação de débitos tributários de períodos pretéritos. Função social da posse. Desídia dos proprietários registrais exteriorizada pela ausência prolongada, que se extrai do insucesso das diligências realizadas pelo Juízo no intuito de localizá-los. Recurso ao qual se dá provimento para declarar os apelantes proprietários do imóvel descrito na inicial, consoante o artigo 1.238 do Código Civil.

25 0000176-12.2004.8.19.0041 - APELAÇÃO; DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ - Julgamento: 05/10/2010 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REINTEGRATÓRIA DO PROPRIETÁRIO NÃO-POSSUIDOR CONTRA O POSSUIDOR NÃO PROPRIETÁRIO. ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO EM DEFESA. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE RETENÇÃO EM FAVOR DO RÉU. A usucapião pode ser argüida em defesa na ação reivindicatória. Contudo, só pode ser acolhida mediante prova robusta do exercício da posse, pelo lapso de tempo exigível para a sua configuração. Prova que não foi produzida, afastada a tese defensiva. Considerando que os réus acreditavam estar adquirindo o imóvel de quem era o legítimo proprietário e, tendo em vista a função social da posse, impõe-se o reconhecimento do direito de retenção aos possuidores de boa-fé que construíram em terreno alheio, na forma do artigo 1.219 da legislação civil, que assegura ao possuidor de boa-fé o direito à indenização das benfeitorias necessárias e, conseqüentemente, o direito de retenção enquanto não lhe for pago o ressarcimento. Sentença mantida. Recursos conhecidos e improvidos

se conjuga com demais princípios ou regras do ordenamento, como ex.: o direito a moradia, dignidade da pessoa humana, etc., para se materializar, sendo que a partir desta conjunção se dá a funcionalidade ao bem e gera direito ao possuidor de não só o possuir e dele fruir.

Essas conclusões ficam amparadas com as falas de que “faz-se mister ressaltar que o apelado tem o dever de prover o sustento dos filhos menores do casal, sendo razoável a presunção de que a moradia dos filhos e da companheira estaria incluída. De fato, considerando a ponderação dos interesses em conflito, entendo que devam prevalecer os princípios da função social da posse, da dignidade da pessoa humana, além da proteção à criança e ao adolescente.”²⁶.

“Com esta opção, o legislador ordinário efetivou o direito constitucional a moradia, pois garantiu aos possuidores que utilizam o imóvel como residência a sua proteção contra aqueles que não dão a correta destinação à função social da posse. Como regra, cabe ao autor da reintegração provar a sua posse anterior de forma cabal, vez que ao atual possuidor esposa-se a presunção de que esteja conferindo o aproveitamento correto do bem.”²⁷

26 0013475-09.2007.8.19.0055 - APELAÇÃO; DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 09/02/2011 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL; Ação de reintegração de posse. União estável. Dissolução. Meação do patrimônio comum. Composse. Como é cediço, o regime de bens vigente na união estável, salvo pacto de convivência em sentido contrário, é o da comunhão parcial, segundo o qual os bens adquiridos na constância do convívio *more uxório* se comunicam. A meação é presumida, nos termos do artigo 1.725 do Código Civil, que preconiza a aplicação do regime da comunhão parcial de bens à união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros. Na hipótese dos autos, restou evidenciado que o imóvel cuja posse ora se discute teria sido construído durante o período em que as partes conviveram em terreno pertencente à família do apelado. Assim, considerando a presunção absoluta do esforço comum na construção do imóvel, estreme de dúvida a existência de composse até que partilha seja formalizada. Do conjunto probatório carreado aos autos, conclui-se que a data de início da posse sobre o imóvel objeto da lide foi posterior ao início da união estável entre as partes, razão pela qual a apelante merece ver acolhida a sua pretensão, decorrente do direito de meação do patrimônio comum, adquirido na constância da união estável, pela concorrência de esforços de ambas as partes, juridicamente amparada no artigo 5º da Lei 9.278/96, aplicável ao caso. Assim, revela-se manifestamente inadmissível a ação possessória ajuizada pelo ora apelado, tendo em vista que a posse da apelante não é injusta, merecendo reparo, portanto a sentença, que reintegrou o apelado na posse do imóvel. E por último, mas não menos importante, faz-se mister ressaltar que o apelado tem o dever de prover o sustento dos filhos menores do casal, sendo razoável a presunção de que a moradia dos filhos e da companheira estaria incluída. De fato, considerando a ponderação dos interesses em conflito, entendo que devam prevalecer os princípios da função social da posse, da dignidade da pessoa humana, além da proteção à criança e ao adolescente. Recurso ao qual se dá provimento.

27 0010349-91.2005.8.19.0031- APELAÇÃO; DES. LUCIA MIGUEL S. LIMA - Julgamento: 29/04/2011 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TEORIA OBJETIVA. FUNÇÃO SOCIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA POSSE ANTERIOR. ÔNUS DO AUTOR. DIREITO CONSTITUCIONAL DE MORADIA. PRESUNÇÃO QUE MILITA EM FAVOR DO ATUAL POSSUIDOR. O C.C./02 adotou inequivocamente a teoria objetiva quanto à posse, de modo a tornar-se possuidor aquele que tem de fato o exercício de algum poder da propriedade. Com esta opção, o legislador ordinário efetivou o direito constitucional a moradia, pois garantiu aos possuidores que utilizam o imóvel como residência a sua proteção contra aqueles que não dão a correta destinação à função social da posse. Como regra, cabe ao autor da reintegração provar a sua posse anterior de forma cabal, vez que ao atual possuidor esposa-se a presunção de que esteja conferindo o aproveitamento correto do bem. Recurso conhecido e negado provimento, nos termos do art. 557, caput do C.P.C.

Verdade que, em outra análise, também a Função Social da Propriedade pode se manifestar conjugada com esses mesmos princípios supracitados, apesar de ser claramente autônoma, vênua ao julgamento do STF²⁸ da ADIN 2.024-2, que definiu que as normas constitucionais não têm nenhum grau de hierarquia entre si, não dependendo de nada para produzir efeitos.

A função de conjugá-las a demais princípios não é de modo algum para que elas produzam efeitos, e sim a razão de funcionar com outros princípios é ora para justificá-los, ora para embasá-los, formando uma fundamentação constitucional mais forte, da forma que se pode confirmar nos julgados do TJRJ supracitados.

Fato é: o proprietário deve deixar “de ser visto como indivíduo, a quem a ordem jurídica privilegia, com a outorga do poder de usar e gozar da coisa de forma absoluta, e passa a ser considerado cidadão que, ao se tornar titular do direito de propriedade, paralelamente às faculdades próprias dos poderes proprietários, assume também obrigações que devem ser satisfeitas no exercício concreto do direito”.²⁹ Isso porque “a função social se deve entender como expressão destinada a disciplinar a atividade, os direitos e deveres do proprietário”.³⁰

Na doutrina brasileira, pode-se observar com clareza a formação de três correntes a respeito do assunto, quais sejam; uma primeira³¹, dizendo se explicar a função social pelo reconhecimento pela sociedade de que é importante reforçar o poder individual do particular. A segunda³², que defendendo ser a função social exaurida dentro de outros institutos, ela se revela em outros princípios. E já a terceira³³ traz que a função social é

28 EMENTA: STF — Tribunal Pleno 27/10/1999 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.024-2 DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE. “Em obediência ao princípio da unidade da Constituição atualmente não existe hierarquia entre as normas constitucionais elaboradas pelo Poder Constituinte Originário, o que impede que seja declarada inconstitucional uma norma em face de outra.”

29 Francisco Cardozo de Oliveira, **Hermenêutica**. cit. p. 245.

30 Eduardo Espínola, **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002. cit. p. 194.

31 Corrente essa defendida principalmente por Tereza Negreiros ao afirmar “A partir de agora, o princípio da relatividade será enfocado, sempre à luz da função social do contrato, mas não mais a propósito da extensão da responsabilidade a terceiro e sim a propósito da responsabilidade do terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte.” (**Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**, cit., p. 244.)

32 Citada por Humberto Theodoro Jr, na obra **O contrato e sua Função Social**; “Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição”(cit., p. 93).

33 Tendo um de seus doutrinadores, Gustavo Tepedino, disposto que a função social do contrato deve ser entendida como princípio que objetivando a república, impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com

um dever imposto ao contratante/proprietário de proteger a sociedade, zelando pelo bem comum.

Se admitirmos ser a Função Social reforço do poderio individual, enaltecendo a importância dessas relações na ordem jurídica, acaba esta por ser reduzida a mais um instrumento a viabilizar a vontade dos particulares, para a garantia da autonomia privada.

Ou seja, defendendo que o ordenamento deve sim proporcionar aos contratantes, visto que se tudo gira em torno da autonomia da vontade, todas as relações se resumiriam em contratuais, mais uma defesa que seria esta contra terceiro, que no caso estaria “ajudando” a inadimplir o contrato. Criando assim, ou melhor, retornando assim a supremacia/ditadura contratual que se vivia antes da chegada do século XX, quando se afirmava ser a propriedade o fundamento do pacto social, bem como de todos os direitos civis, não podendo subsistir nenhum outro no caso de abolição da mesma³⁴. Tudo se pode fazer desde que dentro de sua propriedade, e dentro do que foi pactuado.

Se ela depender de demais normas e princípios para se validar, se concretizar, na verdade estaria funcionando mais como um enfeite do ordenamento do que efetivamente norma regulamentar, uma vez que se encontra esgotada nos demais institutos. “O grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio de instrumentos legalmente institucionalizados”, ou seja, “a lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição”³⁵.

Em outras palavras, o legislador teria incorrido em repetição de institutos, sem destinação prática direta ao princípio da função social. E ainda dizer que ele deveria ser interpretado a seguir os moldes da legislação infraconstitucional, em se tratando de princípio constitucional, seria o mesmo que dizer para interpretar a Constituição à luz do Código Civil.

o contrato ou são por ele atingidos. “Extraí-se daí a definição da função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender - ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual - a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho.” (“Notas sobre a função social dos contratos”, in **Temas de Direito Civil**, t. 3, cit., e nota de rodapé, p. 149).

³⁴ *Op. cit.* Rousseau.

³⁵ Humberto Theodoro Jr, na obra **O contrato e sua Função Social**, cit., p. 106.

Sendo ela um dever do particular para com a sociedade, materializa uma ferramenta para “impor aos titulares de posições contratuais o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extra-contratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica” ampliando para eles a noção de ordem pública. Sendo que “os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios a esfera individual, venham a ser igualmente tutelados.”³⁶

Corroborando essa tese, temos na CRFB/88 algumas previsões de institutos meios, quais sejam, desapropriação, sanção, progressividade fiscal, ou parcelamento compulsório do solo, que municiam o Estado a promover a função social, fazendo dela meta a ser cumprida pelos particulares.³⁷ Sejam eles proprietários, possuidores ou detentores, “assim, toda posse, especialmente de bens de produção, deve perfilar-se com a função social que pesa sobre todos os imóveis, nos termos dos arts. 182, § 2º, da Constituição da Republica Federativa do Brasil (imóvel urbano frente ao plano diretor) e 185 e incisos (no caso de imóvel rural, exigem-se aproveitamento racional e adequado, com preservação do meio ambiente, com respeito às disposições laborais, e exploração que favoreça proprietários e trabalhadores).”³⁸

Acertadamente, Venosa discorre que “O juiz deste início de século, a cada decisão, sem se descurar da proteção do proprietário, deve sempre ter em mira a função social de todos os bens. Assim como não existe concepção de Direito para o homem só, isolado numa ilha, não existe propriedade como entidade social e jurídica, que possa ser analisada individualmente. (...). O juiz ao proferir sentença, deve retratar a absorção do sentido social de sua realidade temporal e espacial e não expressar um sentimento individual de justiça, quando então estará substituindo o legislador, criando lei individual e egoística. Não pode o julgador substituir o Direito; tem o dever de ser seu intérprete. Nessa interpretação e integração de normas reside o papel criador do magistrado”³⁹ que “deve sempre observar a capacidade produtiva que ela espelha e sua vocação para atender, em tempo e lugar certos, o objetivo social que ela deve atin-

36 Gustavo Tepedino, "Notas sobre a função social dos contratos", in **Temas de Direito Civil**, t. 3, cit., p. 150-151.

37 ARONE, Ricardo. In FARIAS, Jéferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro**.

38 PILATI, José Isaac. **Estudo da Posse no Novo Código Civil Brasileiro**.

39 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. cit. p 155.

gir, resguardado sempre seu aspecto jurídico de direito fundamental do homem”⁴⁰.

Tem-se que a posse está mais estreitamente ligada à realidade fática e, por conseguinte, detém maior potencial de funcionalização, revelando, assim, a amplitude da sociabilidade humana, que escapa a sistematidade do direito.⁴¹

4. DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A Função Social é princípio constitucional previsto na carta magna em seu art. 5º⁴², mas o que ela é e a quem se destina? A essa questão, encontram-se várias respostas em doutrinas diversas. Em uma primeira análise, se pode dizer que o título no qual o art. 5º se insere, oferece a primeira hipótese de resposta; que ela é direito e garantia fundamental, e quanto a quem ela se destina, a descrição do capítulo I traduz se tratar de “direitos e garantias individuais e coletivos”, ou seja, se destinaria à proteção dos cidadãos, ou seja, a toda a coletividade, à sociedade.

Na busca de uma definição para Função Social da Posse, é preciso fragmentá-la, a fim de se achar um todo coeso.

Em consulta ao dicionário⁴³, tem-se o conceito de **função**: “s.f. Exercício de um encargo: entrar em função. / Emprego; deveres desse emprego: desempenhar suas funções. / Papel, utilidade: cumprir uma função. / Atividade exercida por um elemento vivo, órgão ou célula, e que é estudada pela fisiologia: funções de relação, de nutrição, de reprodução. / Gramática O papel de uma palavra na frase. // Estar em função de, depender. // Fazer a função de, desempenhar o papel de. // Função periódica, função que retoma os mesmos valores quando a variável de que depende se acresce de um múltiplo inteiro de uma quantidade chamada “período”. // Lógica Função proposicional, expressão que contém uma ou mais variáveis, e que pode tornar-se uma proposição verdadeira ou falsa se a essas variáveis se atribuem certos valores particulares ou se elas se unem por quantificadores. //”; **social**:” adj. Que diz respeito à sociedade: ordem social. / Sociável.

40 Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, **Código**. cit. p. 732.

41 OLIVEIRA, Francisco Cardozo de. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005, cit. p. 246.

42 Art. 5º, XXII- “é garantido o direito de propriedade”; art. 5º, XXIII - “a propriedade atenderá sua função social” CRFB/88;

43 **Dicionário Aurélio virtual**: <http://www.dicionarioaurelio.com/>.

/ Relativo a uma sociedade; próprio dos sócios: carteira social.// Legislação social, conjunto das disposições legais que protegem os interesses dos indivíduos e dos grupos de uma coletividade organizada.//"; **posse**: "s.f. Retenção ou fruição de alguma coisa ou direito. / Estado de quem possui uma coisa, de quem a detém como sua ou tem gozo dela. //".

Em termos hermenêuticos, adaptando conceitos e finalidades, a fim de que as regras jurídicas sejam interpretadas teleologicamente, lê-se o artigo 5º da CRFB/88 em consonância com o artigo 5º da LINDB⁴⁴ e tem-se que ao indivíduo é garantido o direito de propriedade, o qual atenderá a função social, cabendo ao magistrado na aplicação da lei, por sua vez, verificar se a propriedade efetivamente atende aos fins sociais a que se destina, e se auxilia na concretização do bem comum.⁴⁵

Pode-se concluir do supracitado, que ela é o Encargo-utilidade, que diz respeito à sociedade, de retenção ou fruição de alguma coisa ou direito, com o objetivo de proteger a sociedade contra o arbítrio do particular.

E mais ainda, pode-se então extrair uma definição para a Função Social da Posse, face à funcionalização da posse que se entende realizada quando verificam-se atingidos os valores sociais que integram a sua base, ou seja, é a efetiva utilização de coisa ou direito, com fim de conservação da existência e melhoramento de sua condição⁴⁶.

Dessa forma, a visão que melhor se adéqua à definição da função social da posse é a defendida pelo professor Gustavo Tepedino, de que é dever imposto ao possuidor, a fim de proteger a sociedade de sua autonomia privada, que subordina a utilização dos bens patrimoniais ao atendimento de direitos existenciais e sociais, previstos na CRFB/88, como fundamento da República, o princípio-valor da dignidade da pessoa humana; como Objetivo fundamental, a construção de sociedade livre, justa e solidária, e o dever de diminuição das desigualdades sociais, isso vinculando os titulares de direitos patrimoniais e definindo o conceito jurídico de função social da posse.⁴⁷

44 Art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga LICC; *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

Art. 5ºXXII - *é garantido o direito de propriedade*; XXIII - *a propriedade atenderá a sua função social.* CRFB/88

45 ARONE, Ricardo. *in* FARIAS, Jéferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro.** "Cumprir perquirir dos poderes do Magistrado, à luz do princípio da legalidade, para exigir prova de funcionalização do bem".

46 "A função social da posse não significa uma limitação ao direito de posse, mas a exteriorização do conteúdo imanente da posse. Isso nos permite uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia." MOTA, Maurício. TORRES. Marcos Alcino. **A função social da posse no código civil.** - Transformações do direito de propriedade privada - Rio de Janeiro. Elsevier, 2009 p. 35.

47 TEPEDINO, Gustavo. "A Função Social da Propriedade e o Meio-Ambiente", *in* **Temas de Direito Civil**, t. 3, cit., p. 182.

É a constatação de que o homem não vive sozinho, isolado; ele vive em sociedade, e para alcançar a sua própria realização, viabilizar a sua própria dignidade, ele precisa auxiliar na promoção da dignidade da sociedade, o que se evidencia quando falamos em termos patrimoniais, na promoção da função social e a função social da posse.

Ainda em virtude das evoluções sociais, percebe-se que o princípio abrange duas interpretações que, no fundo, não se contradizem, apenas dependem de situações fáticas diferentes para acontecerem; é o caso de ele ser interpretado como desdobramento da função social da propriedade, e por outro lado admitir que também se interprete autonomamente desvinculado dessa, porém não há que se confundir com justificativa de existência, pois como debatido acima, e ainda em acordo com a melhor doutrina, temos que a função social da posse é princípio autônomo, não depende de outros institutos para existir, ou para se validar no mundo jurídico.

Desta feita, podemos diferenciar as duas Funções Sociais, da posse e da propriedade, considerando que “tanto a propriedade como a posse podem existir isoladamente. Só que a propriedade sem a posse é como um recipiente oco, vazio, tendo em tal situação função econômica e social limitadas.”⁴⁸⁻⁴⁹

Dessa afirmação se entende que a Função Social da Propriedade é um todo, que engloba a função social da posse, tendo em vista que a Propriedade tem como um de seus atributos a própria posse.⁵⁰

“A propriedade é exercida através da posse. A função social da propriedade se exerce através da posse⁵¹.” Assim, Marcos Alcino conclui que na verdade é a posse que tem função social. O autor busca em seu trabalho comprovar que a função social na propriedade não é tão forte quanto na posse, posto que na primeira é possível a subsistência sem o uso da coisa, enquanto que na segunda não.⁵²

Data vênia, entende-se da mesma forma que o Autor supracitado quando este afirma que a Função Social da Propriedade se exerça através

48 TORRES, Marcos Alcino de. **A propriedade e a posse**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 303.

49 Também entende assim João Carlos Leal Júnior. “Inútil o título de propriedade quando o proprietário não tem a posse da coisa. Ora, quem não a tem, do bem não pode se utilizar. Daí um dos fundamentos precípuos de se proteger o estado de aparência em questão.” LEAL JUNIOR, João Carlos. “Da função Social da Posse”. **RDC** n°67, v. 11. set-out/2010 p.39.

50 Entendimento que se extrai da leitura dos artigos do Código Civil, Art. 1228 - “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de revê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. c/c art. 1.196 - Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno ou não, de algum dos poderes inerentes a propriedade.”

51 TORRES, *op cit.* p. 304.

52 TORRES, *op cit.* p. 304.

do exercício da posse, que é um dos seus atributos, ou como o art. 1.196 do CC/2002 traz, um dos poderes inerentes à propriedade, porém em discordância, temos que este princípio, por ser princípio constitucional, não goza de nenhuma dependência quanto ao princípio da Função Social da Posse, tendo em vista que as normas e os princípios constitucionais não gozam de qualquer hierarquia⁵³, sendo na verdade o verso e reverso da mesma moeda.

Tem-se assim que o princípio da função social da posse se materializa através do uso da coisa. Teori Zavaski⁵⁴ ensina que são os bens, aqueles submetidos à destinação social e não a sua titularidade. Desta feita decorre que a propriedade, que se constitui na mera titularidade de algum bem, não é capaz de ensejar uma grande força social tal como a posse o faz.⁵⁵

Nesse ponto, vê-se evidente que a Função social da Posse é extremamente necessária, pois, do contrário, como dar funcionalidade a uma posse desvinculada da propriedade? Deixaríamos descobertos o possuidor de boa-fé que produz, mora, preserva a “sua propriedade⁵⁶”.

Há de se destacar que a Função Social da Propriedade é exercida pelo proprietário, que dá, encontra utilidade para sua propriedade⁵⁷. Repito, nela está inserida a posse e a funcionalização da posse, porque esta, neste caso, é atributo do direito real de propriedade⁵⁸.

53 Vide decisão supracitada - **MS 22.164**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.

54 ZAVASKI, *apud* TORRES, Marcos Alcino de. **A propriedade e a posse**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, *op. cit.* p. 305.

55 Nesse sentido, Marcos Alcino difere Função Social da Posse e da Propriedade, fazendo um paralelo entre posse e propriedade, “O direito de propriedade é, em substância, a sua utilização, ou seja, a posse com o qual este é exercitado. O título gera o *ius possidendi* e não exercido, porque não foi transmitida à posse ou não havia posse para transmitir ou, tendo sido transmitida, não ocorreu a utilização da coisa pelo novo titular, sua posse será apenas civil, com base na espiritualização da posse que o direito civil admite. Enquanto permanecer a coisa sem utilização de terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em prática o direito à posse, transformando-o efetivamente em posse, possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. Essa posse artificial, meramente civil (normalmente posse do proprietário), em confronto com a posse real, efetiva (quando essa última for qualificada pela função social) deve ceder a esta.” **“A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010, p. 373.

56 Entenda-se terreno, local onde vive, produz...

57 AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, II, v. 6, *op cit.* p. 158, nota d: “A legitimidade da posse, como conteúdo que é da propriedade, se funda a partir da distinção entre o “poder” de gerir as coisas e delas dispor e o dever moral de utilizá-las.” O autor faz da propriedade um verdadeiro “poder”, pode-se dizer também atributo, o uso exprime a finalidade a perseguir e a forma de concretizar o exercício desse atributo.

58 Nesse sentido, a Corte Suprema de Justiça do Chile, decidiu, com maioria, no dia 02 outubro de 2012, em favor do proprietário que dava função a sua terra, contra os posseiros- indígenas- que invadiram seu terreno, é o conteúdo da notícia do STF, versão 10/2012. “Corte Suprema do Chile garante propriedade de cidadão contra ocupação de terrenos em Tirúa por família indígena.

Em outras palavras, na situação em que o proprietário dá funcionalidade a sua propriedade, encontra-se dentro da Função Social da Propriedade, como seu atributo, como sua faculdade, como seu poder, a Função Social da Posse.

Segundo Luiz Edson Fachin,⁵⁹ a Função Social da Posse encontra-se em plano diferenciado da Função Social da Propriedade. Esta é mais evidente, pois a propriedade pode se manter como tal mesmo sem uso. Já aquela teria como fundamento eliminar na propriedade privada o que há de eliminável.

Complementando este pensamento, Marcos Alcino ensina que a função social somente é cumprida quando a ocupação gere moradia e habitação ou bens para garantir subsistência da família do possuidor. Assevera o autor que “morada, habitação e produção de alimentos básicos são elementos mínimos que permitem dar concretude aos mandamentos básicos de erradicação da pobreza e desigualdades sociais, permitindo vida, conforme exige a dignidade da pessoa humana.”⁶⁰

Ainda Ana Rita Vieira Albuquerque considera que “a função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender a unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como os programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa judiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade,

A Corte Suprema decidiu a favor de um proprietário de um terreno na zona de Puerto Choque, em Tirúa, contra dos integrantes de uma família mapuche que mantem a ocupação do prédio. A ação cautelar representada por Jose Salazar Romero foi acolhida pela Corte Suprema com finalidade de determinar a propriedade.

A sentença determina que os terrenos não sejam de caráter indígena, porque em efeito, tratando-se de um conceito jurídico com bagagem antropológica, o artigo n° 12 da lei n° 19.253 tem previsto requisitos jurídicos para que seja outorgada a qualidade de terra indígena a um determinado território. Assim, o mencionado preceito dispõe que são terras indígenas aquelas que as pessoas ou comunidades indígenas ocupam em propriedade ou pose proveniente de certo títulos mencionados na lei.

E a Corte ao analisar a lide profundamente vislumbrou que não se pode reconhecer a propriedade à família indígena, pois não existe norma que habilite a um conjunto de pessoas a vulnerar direitos pré-constituídos. 2 de outubro de 2012.”

59 FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 19.

60 TORRES, *op cit.* p. 313.

retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos.”⁶¹

5. CONCLUSÃO

Retrata-se do todo que a funcionalidade da posse é a verificação dos valores sociais que integram a sua base, ou seja, sua função social deve ser entendida por encargo-utilidade, que diz respeito à sociedade, de retenção ou fruição de alguma coisa ou direito, com o objetivo de proteger a sociedade contra a arbitrariedade do particular. Ou seja, é a efetiva utilização de coisa ou direito, com fim de conservação da existência e melhoramento de sua condição.

Dessa forma, diante do quadro social atual, percebe-se que a visão que melhor se adéqua à funcionalização do princípio constitucional da função social da posse é a defendida pelo professor Gustavo Tepedino, de que é dever imposto ao possuidor, a fim de proteger a sociedade de sua autonomia privada, subordinar a utilização dos bens patrimoniais ao atendimento de direitos existenciais e sociais, previstos na CRFB/88, como fundamento da República, o princípio-valor da dignidade da pessoa humana; como Objetivo fundamental, a construção de sociedade livre, justa e solidária, e o dever de diminuição das desigualdades sociais, isso vinculando os titulares de direitos patrimoniais e definindo o conceito jurídico de função social.⁶²

É a constatação de que o homem não vive sozinho, isolado; ele vive em sociedade, e, para alcançar a sua própria realização, viabilizar a sua própria dignidade, ele precisa auxiliar na promoção da dignidade da sociedade, o que se evidencia quando falamos em termos patrimoniais, na promoção da função social.

Ainda em virtude das evoluções sociais, percebe-se que o princípio abrange duas interpretações que, no fundo, não se contradizem, apenas dependem de situações fáticas diferentes para acontecerem; é o caso de ele ser interpretado como desdobramento da função social da propriedade, e por outro lado admitir que também se interprete autonomamente desvinculado dessa, porém não há que se confundir com justificativa de existência, pois, como debatido acima, e ainda em acordo com a melhor

61 ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 40.

62 Gustavo Tepedino, "A Função Social da Propriedade e o Meio-Ambiente", in **Temas de Direito Civil**, t. 3, cit., p. 182.

doutrina, temos que a função social é princípio autônomo, não depende de outros institutos para existir, ou para se validar no mundo jurídico.

Portanto considera-se o posicionamento do TJRJ quanto às decisões proferidas nas apelações 0013475-09.2007.8.19.0055 - APELAÇÃO; DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 09/02/2011 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL e 0010349-91.2005.8.19.0031- APELAÇÃO; DES. LUCIA MIGUEL S. LIMA - Julgamento: 29/04/2011 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, um tanto quanto falto no sentido de dar interpretação funcional direta ao instituto, embora tenham chegado a uma conclusão magnífica em relação ao fim a que ele se propõe, qual seja, a melhor utilidade do bem buscando sempre a comunhão do interesse particular com o da sociedade.

Por outro lado, ainda em sede recursal, vislumbramos avanços quanto à instrumentalização do instituto nas decisões proferidas 0091824-33.2003.8.19.0001- APELAÇÃO; DES. EDUARDO GUSMAO ALVES DE BRITO - Julgamento: 26/10/2010 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL e 0000176-12.2004.8.19.0041- APELAÇÃO; DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ - Julgamento: 05/10/2010 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, nas quais não só lê-se a função social da posse como princípio autônomo que é, bem como, visto que é direito fundamental, e que todo direito traz consigo um dever, e este é aquele do proprietário de promover, dar utilidade ao seu bem, e caso não o faça, que o faça o possuidor, quem efetivamente está em contato com o bem, podendo inclusive gerar para ele direitos sobre o bem, tais quais, indenização das benfeitorias, o direito de retenção sobre elas, enquanto não ressarcidas, e até, direito possessório - usucapião.

Deve o aparecimento da função social da posse ser usada como um freio ao exercício arbitrário, sem escrúpulos e claramente antissocial, de abusos e limitando assim esfera do poder individual, no sentido do interesse de uma vida social ordenada e pacífica, até porque apesar de ser princípio constitucional, ela não é absoluta e principalmente não pode ser usada como excusa ao cumprimento de dever legal e ou justificando arbitrariedades. ❖

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 40.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, II, v. 6, *op cit.* p. 158.

ARONE, Ricardo. *in* FARIAS, Jéferson Albuquerque. "Função Social da Posse no Direito Brasileiro". **RDC** n° 67. V. 11. Set-Out/2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em:< <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>.

DECLARAÇÃO de Istambul sobre Assentamentos Humanos; (*United Nations Conference on Human Settlements — Habitat II*) realizada em Istambul. Turquia, entre 3 e 14 de junho de 1996.

DICIONÁRIO Aurélio virtual. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/>

DIDIER JR, Fredie. "Função social da propriedade"; **Revista de Processo**. Ano 33. N°. 161. Jul/2008.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Trad. De Adolfo G. Posada, Ramon Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: He-liasta, 1975, p. 236 *apud* Carlos Roberto Gonçalves, **Direito**. cit. p. 221 e 222.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

FACHIN, Luis Edson. "O estatuto da proteção possessória"; *in*: **Leituras complementares de Direito Civil**. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Jus Podivm, 2007

FARIAS, Jéferson Albuquerque. "Função Social da Posse no Direito Brasileiro". **RDC** n°67. V. 11. Set-Out/2010.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19° Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LARENZ, Karl. *in* MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. "Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião"; **Revista Forense**. V. 397. Ano 104. Maio- Junho/2008.

LEAL JUNIOR, João Carlos. "Da função Social da Posse". **RDC** n°67, v. 11, set- out/2010, p. 39.

MOTA, Mauricio. **TORRES**. Marcos Alcino. **A função social da posse no código civil** - Transformações do direito de propriedade privada - Rio de Janeiro. Elsevier, 2009 p. 35.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo de. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional**.

PILATI, José Isaac. "Estudo da Posse no Novo Código Civil Brasileiro". **Revista Jurídica**. Ano 54. N° 350. Dez/2006.

RADBUCH, Gustavo *in* MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. "Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião"; **Revista Autônoma de Direito Privado**. N. 2. Jan-Mar. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. "Notas sobre a função social dos contratos", *in* **Temas de Direito Civil**, t. 3.

TEPEDINO, Gustavo. "A Função Social da Propriedade e o Meio-Ambiente", *in* **Temas de Direito Civil**, t. 3.

THEODORO JR, Humberto. **O contrato e sua Função Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 162 p.

TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. "A posse-trabalho"; Tese de Mestrado Em Direito; Pontifícia Universidade Católica; São Paulo – 2006.

TORRES, Marcos Alcino de. **A propriedade e a posse**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 312.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. cit. p. 155.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na constituição e no projeto do novo Código Civil**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>.

Choque de Realidades na Busca da Cidadania*

Álvaro Mayrink da Costa

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

1. O *princípio do Estado de Direito* é um conceito constitucionalmente caracterizado. A constituição, como norma fundamental de cada comunidade, impõe os seus *princípios* a todo o ordenamento jurídico, é a fotografia das concepções dominantes na sociedade em determinado tempo, espelhando o dominante e consensual. A Carta Política de 1988 ressalta a relação entre o Estado de Direito, princípios penais constitucionais e a restrição da área penal ao mínimo indispensável, deixando clara a ilegitimidade da tutela penal de valores sem relevância que limitam o poder criminalizador. A *universalidade* e a *indisponibilidade* constituem características definidoras dos *direitos fundamentais*. O *garantismo* é um conjunto de técnicas idôneas para assegurar o grau máximo de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Os *valores* deverão ser o quadro maior de uma legítima intervenção penal, em conjugação com o respeito aos *princípios da legalidade e da proporcionalidade*. Princípios são *ideias fundamentais* que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico; são *valores básicos da sociedade* que podem, ou não, se constituir em normas jurídicas. Já os *direitos fundamentais* correspondem a *valores e carências vitais* da pessoa determinados histórica e culturalmente, sendo que o seu grau de garantia pode definir a qualidade de uma democracia, mesurada em seu progresso.

2. Defende-se que o *desafio* das *democracias ocidentais* situa-se na busca primária e contínua de conciliar o exercício da liberdade imprescindível à dignidade da pessoa humana com os reais reclamos, cada vez

*Aula Magna do Curso de Direito da UNISUAM, proferida no dia 28 de abril de 2016.

mais presentes, da coexistência de políticas e linhas de ação de segurança pública no contexto das sociedades contemporâneas. A Constituição, ao consagrar o *princípio democrático*, não se decidiu por uma teoria em abstrato, buscou uma teoria normativa para o país e para uma realidade histórica. Como princípio normativo em suas várias facetas, *política, econômica, social e cultural*, aspira tornar-se impulso dirigente de uma sociedade. Canotilho registra que “o regresso a uma teorização defensivo-liberal do Estado de Direito sugere o abandono do conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais, conquistados ao cabo de complexas lutas sociais e políticas”. Sem os limites jurídicos, estar-se-ia diante de um Direito Penal *autoritário, antidemocrático, não pluralista e inconstitucional*.

3. Ferrajoli defende que “as regras do jogo fundamental” do Direito Penal se convertem em princípios jurídicos do contemporâneo Estado de Direito. Na realidade, são limitações ao direito de punir do Estado. O desenho democrático mostra a relevância dos *princípios da segurança jurídica e da proteção de confiança*, diante da proibição das leis retroativas *in malam partem* e da inalterabilidade da coisa julgada. Repudia-se a postura de um modelo de aspiração autoritária, que é perseguida pelo Direito Penal máximo. O princípio da intervenção mínima (*nulla poena sine necessitate*) traduz o caráter de último recurso na ação de política criminal para a proteção dos bens jurídicos. A *ultima ratio* significa a intervenção punitiva como derradeira etapa do processo estatal do controle social. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) estatui que a lei somente deva prever *penas estritamente necessárias*.

4. O Direito Penal deve ser *legítimo*, isto é, vedada a *inutilidade* ou *desnecessidade*, diante de seus destinatários. Não se pode olvidar no modelo de *direito penal mínimo*, perante o racionalismo jurídico garantista, os limites ou as proibições intervencionistas do Estado, na busca de um ideal de *racionalidade e certeza*, pois o Direito Penal é racional na proporção da previsibilidade das intervenções estatais. A *abusiva e desnecessária* intervenção punitiva do Estado configura violação real e efetiva do *princípio da dignidade da pessoa humana*. Canotilho, em uma integração pragmática entre os *direitos, liberdades e garantias* e o enunciado “dignidade da pessoa humana”, destaca: a) afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável de sua individualida-

de autonomamente responsável; b) garantia de identidade e integridade da pessoa, através do livre desenvolvimento de sua personalidade; c) libertação da “angústia da existência” da pessoa, mediante mecanismo de sociabilidade; d) garantia e esfera da autonomia individual, através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e precedentes do Estado de Direito; e) igualdade de cidadãos, expressada na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo. Fornece um tópoi de concretizações juridicamente controladas.

5. Diante do *princípio do pluralismo político* emerge o *princípio da tolerância*, determinando que os indivíduos suportem as diferenças não lesivas, pautadas pelo cotidiano da vida social, e que servem de suporte para os *princípios da ofensividade* e da *lesividade*. Tais princípios têm como patamar existencial a vulneração de um bem jurídico. Toda ação deletiva deverá fraturar uma norma produzindo uma incidência típica de lesão ou de perigo, afetando-o. Veda-se a *criminalização* para a proteção de menores valores éticos ou morais, ou de condutas socialmente inócuas.

6. A *concepção do bem jurídico* transforma-se em uma *concepção de danosidade social*, marcando as mais importantes orientações de *política criminal*. A concretização do conceito de bem jurídico como função limitadora do poder punitivo *não* pode ser indiferente à passagem de um Estado de Direito *formal*, mero garantidor das liberdades, *não* intervencionista, para um Estado de Direito que se almeja *material, democrático e social*. Dessa forma, a nova concepção de Estado e as novas realidades sociais exercem pressão determinante na *definição* dos bens jurídicos a serem objeto da tutela pelo Direito Penal. De outra parte, este, como instrumento de controle social formalizado, deve se identificar com a aplicação prática envolta por uma série de garantias e como uma atividade regada, portanto, *segura, previsível e controlada*, em todas as suas etapas, perante o devido processo legal.

7. Destaca-se que o *princípio da ofensividade* possui duplo momento de incidência, quando: a) o legislador criminaliza a conduta intolerável como *limite* do poder punitivo; b) o magistrado aplica a resposta penal, diante do desvalor da conduta no caso concreto. De harmonia, não se pode olvidar o *princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos*, que se

situa no estudo das funções do Direito Penal, no Estado Social e Democrático de Direito. Kaufmann lembra que o *direito penal tolerante* cria espaços livres de Direito, abrangendo condutas toleráveis. Já Ferrajoli assinala, como *elementos desestabilizantes* tradutores de um risco à democracia, a *inflação legislativa* provocada pela *pressão* dos interesses setoriais e corporativos, a *perda da generalidade*, a *abstração das leis*, o *processo de descodificação* e o *crescimento de uma legislação fragmentária com caráter de emergência e exceção*, que alguns simplistas creditam à elevada complexidade das sociedades atuais.

8. A *garantia formal de legalidade é insuficiente* no Direito Penal democrático. Os princípios devem ser entendidos como garantias de vinculação do magistrado à lei e ao Direito. Tradicionalmente, a norma penal desempenha uma transcendente função *político-jurídica*, a função de regular a vida social, o que pressupõe a observância de valoração dos acontecimentos da sociedade. Diante da realidade, procura-se organizá-la, tornando os *conflitos naturais e toleráveis*. Do ponto de vista técnico-dogmático, a lei penal é a norma objetiva de determinação que, para adquirir validade, necessita cumprir requisitos de ordem formal-material. Em virtude da influência neokantiana dos valores, a teoria metodológica postula a conexão entre o fim da norma e o próprio objeto da tutela, traduzindo o fim perseguido pelo legislador na construção de cada tipo penal.

9. O *caput* do art. 5º da Carta Política determina que “todos são iguais perante a lei” (princípio da isonomia) e “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (princípio da legalidade), alicerces do Estado de Direito, *garantia dos direitos, fundamento e limite* de todo funcionamento do Estado e, no seu preâmbulo, estatui que o *Estado Democrático* deva ser destinado a segurar a *igualdade de todos* os cidadãos. Firma-se, principalmente, a *abolição dos privilégios* e das prerrogativas para promover a garantia da estabilidade social. As dimensões do *princípio da igualdade*, na aplicação do Direito constitucionalmente garantido, assumem maior esfera de relevância no âmbito da aplicação da lei e do direito. O *princípio da isonomia* não significa somente aplicação igualitária da lei. O fundamento político-jurídico está na *garantia dos direitos individuais e das liberdades públicas*, asseguradas na ação de um Judiciário liberto de limitações para a *plenitude da imparcialidade*

dos julgamentos. Não há liberdade sem direito, senão os homens seriam obrigados a obedecer a normas totalmente divorciadas de suas próprias necessidades. O *princípio da igualdade* assume relevo enquanto “princípio de igualdade de oportunidades e condições reais de vida”. Canotilho ressalta que a *igualdade* conexas-se, de um lado, com uma *política de justiça social* para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, e de outro, com a própria ideia de “igual dignidade social”.

10. O *princípio da dignidade da pessoa humana* é o mais relevante diante dos direitos humanos, produto de lenta e longa maturação para a sua conquista. Constitui-se em um complexo de direitos e deveres fundamentais que objetiva garanti-la contra qualquer ato *degradante* e *desumano*, e promover sua participação corresponsável na vida comunitária. O Pacto de São José da Costa Rica registra que “toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”. O respeito à *dignidade humana* e ao *livre desenvolvimento da personalidade* é uma exigência *imprescindível* nos estados democráticos, razão pela qual se encontra acolhida nos textos fundamentais. Assim, se constitui em um *metaprincípio de justificação* dos direitos humanos, que, por intermédio de Kant, a racionalidade é posta como fim de si mesma. É inalienável e irrenunciável.

11. O *princípio da humanidade*, defluente da *dignidade da pessoa humana*, emergente do princípio da secularização, é o fundamento do Estado Democrático de Direito, deduzido pelo conjunto de normas contido em nossa Carta Política. Lamentavelmente, nesta década do século XXI, sob as rubricas da “sociedade de riscos” e da “impunidade”, pelo estímulo midiático, violam-se todas as normas garantidoras, em nome da “segurança pública”, como formas de combate eficaz ao “inimigo”. Figueiredo Dias, ao tratar da não intervenção, diz que o Estado acaba por produzir mais delinquência do que aquela que é capaz de evitar.

12. No século XXI, está presente a questão do Direito Penal do *perigo*, do *risco* ou da *emergência*, e, daí, a meditação sobre o futuro da proteção aos bens jurídicos. A vinculação exige resposta penal aos casos de lesão ou dano e aos perigos concretos e abstratos. Por fim, na esfera de âmbito processual, não se pode perder de vista na execução penal a

vulnerabilidade sistêmica pertinente à *celeridade* ou razoável duração do processo. A Carta Política de 1988 prescreve que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios de celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII). Para vencer a demora na apreciação dos pedidos de benefícios, o Conselho Nacional de Justiça adotou os denominados “mutirões carcerários”. O apenado é um cidadão com as limitações impostas pela decisão judicial, não é coisa, mas sim sujeito de direitos.

13. O primeiro eixo de sustentabilidade da execução penal é o *princípio da dignidade da pessoa humana*. A desumanização do cárcere é problema fundamental do desrespeito, devido à falência da capacidade do Estado no enfrentamento de crônicas demandas (físicas, gerenciais e disciplinares) dos estabelecimentos penais. Há dois séculos mantém-se a tríplice vulnerabilidade: *superlotação*, *ociosidade* e *promiscuidade*. Quando se fala na dignidade da pessoa humana, é da *pessoa concreta*, na vida real e cotidiana, e não um ser *ideal* ou *abstrato*, que a ordem jurídica considera *irredutível* e *irreparável* e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. Repita-se que as pessoas privadas da liberdade, apenadas, custodiadas e submetidas a medidas de segurança *conservam* a titularidade dos direitos fundamentais, salvo as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução.

14. O *princípio da proporcionalidade*, surgido no século XVIII, exige uma ponderação na cominação e na resposta penal perante o lesionado ou colocado em perigo, incluindo-se o regime prisional, diante de um *controle de razoabilidade* da sanção e a liberdade restringida. Os mandatos constitucionais de criminalização impõem ao legislador a observância do *princípio da proporcionalidade*, como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. Finca-se que o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser sempre resguardado de *arbitrariedades*, ou de excessos cometidos. Nesta direção, tem o *princípio da proporcionalidade* relevante papel para a *racionalidade* do Estado de Direito, visto que nosso sistema está abrigado pela *dignidade constitucional*, convertendo-se em *princípio da reserva legal proporcional*. A *adequação* é necessária entre os *motivos*, os *meios* e os *fins* constatáveis na *razoabilidade*, ao passo que a *congruência* entre meios utilizados é o objeto perseguido pertinente à

proporcionalidade. Diante da natural relatividade do superconceito do *princípio da proporcionalidade*, a doutrina procura uma melhor operacionalidade por via de quatro vetores: a) da *necessidade material*, evitando-se quanto possível a limitação dos direitos fundamentais; b) da *exigibilidade espacial*, limitando-se a esfera de âmbito da intervenção estatal; c) da *exigibilidade temporal*, estabelecendo-se rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; d) da *exigibilidade pessoal*, como ferramenta de restrição à pessoa ou às pessoas, cujos interesses devam ser sacrificados.

15. Sustenta-se que a pena é um *instrumento de proteção dos bens jurídicos* e o *meio de contenção dos intoleráveis conflitos sociais*. Será sempre afliitiva, não indigna, mais pedagógica. Constitui-se na mensagem social e política do Estado advertindo que a violação dos direitos produz respostas jurídicas diante da exigibilidade da tutela e proteção de bens e valores intoleráveis de afetação. Lembra-se Tobias Barreto, que defendia que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”, e “quem procura o fundamento jurídico da pena, deve também procurar, se é que não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra”. Afasta-se o mito da ressocialização, diante do “inferno de Dante” que é o cárcere.

16. A aplicação da pena *não* é recompensa à sociedade ou à vítima do ato do infrator, inexistente qualquer retribuição ou recompensa, caso contrário retroage-se ao classicismo liberal do século XIX. A *prevenção* olha o futuro e “imagina” inibir, mediante a *criminalização* e a *prisionalização*, em tese, a comissão de delitos. A diferença entre o *retribucionismo* e a *prevenção* não se afeta ao *conceito* de pena, mas a sua *função* e *legitimação*.

17. A *reintegração social* do egresso tem como vulnerabilidade a *destruição* do indivíduo, em razão da contaminação deletéria do cárcere, proporcionando outros valores e rupturas de obediência normativa. Diante de uma sociedade de funcionamento dinâmico, o cárcere leva a novos conflitos por absoluta ausência de adaptação à nova realidade do mundo livre. Sutherland destaca com o *princípio da associação diferencial* que a grande parte dos infratores teve acesso a uma *subcultura delitiva*, onde adquiriram *hábitos, motivos e atitudes criminosas*. Há um *processo de transmissão cultural de hábitos, opiniões, conhecimentos e valores*

divergentes, que são próprios da vida no cárcere. O *comportamento desviante* é apreendido e não herdado, criado ou inventado pelo condenado. Segundo o *princípio da associação diferencial*, uma pessoa se torna infratora porque recebe mais definições favoráveis à violação da norma do que desfavoráveis a manter-se nos limites normativos.

18. O *objeto* das normas penais são os *bens* ou *interesses* por elas protegidos. Considera-se *bem* tudo o que é útil para a satisfação, mediata ou imediata, da necessidade humana. Já *interesse* é o bem no sentido da valoração de que faz o sujeito como idôneo para a satisfação de suas necessidades. O *fim* das normas penais é defender o *garantismo dos bens e interesses* que constituem o objeto de sua proteção. A *tendência* contemporânea é na direção de que a lei penal e a teoria jurídico-penal são ligadas a pressupostos políticos. Assim, em nosso desenho crítico, são colocadas diferentes perspectivas, do ponto de vista *historiográfico, sociológico* e da *teoria do direito*, compatíveis como *orientação garantista da justiça*, no *choque de realidades na busca do real exercício da cidadania*.

19. Parte-se da criação teórica de dois eixos hipotéticos cruzados, em cujas pontas situam-se a dignidade da pessoa humana privada de liberdade, a segurança pública, dever do Estado, direito de todos os cidadãos, a família e a religião, apoiados nos instrumentos operacionais do trabalho, da educação, do respeito aos deveres disciplinares e da garantia dos direitos dos apenados. Contemporaneamente, a execução da pena privativa de liberdade deve ter por objetivo efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal de tribunal colegiado de segunda instância, *estimular e capacitar* o apenado a se adequar ao sistema normativo vigente, a fim de *oportunizar* a sua integração e adaptação social, observada a dignidade da pessoa humana sob o escopo da redução de danos, preservada a paz e a segurança da sociedade. Neste desenho, perante uma intervenção estatal mínima e por tempo mínimo, levar-se-á a desconstrução de um sistema carcerário, *perverso, desumano e degradante*, violador do Estado Democrático de Direito. ❖

Juízos Discricionários, Subjetivismo, Solipsismo e o (livre) Convencimento no CPC/15

Haroldo Lourenço

Doutorando e Mestre em Direito Processual (UNESA). Mestre em Educação (Universidade de Jaén - Espanha). Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ) e Processo Civil (UFF). Professor de Direito Processual Civil na FGV, CURSO FORUM/RJ, EMERJ, FESUDEPERJ (Fundação Superior da Defensoria) e ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados). Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso/PPGD-UNESA. Membro do IBDP, ICPC e ABDPC. Advogado, consultor jurídico e parecerista.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sobre o sistema de valoração da prova pelo juiz. 3. O problema dos juízos discricionários, do subjetivismo e do solipsismo. 4. Limites à valoração da prova pelo juiz. 5. A jurisprudência após o CPC/15. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a alteração realizada pelo CPC/15 no sistema de apreciação das provas. Sob a égide do CPC/73, a jurisprudência se difundiu na linha de que haveria ampla liberdade para o magistrado apreciar as provas, ao contrário do sustentado pela doutrina especializada. A mudança é simbólica e encerra um ciclo, pois reflete um posicionamento legislativo em convergência com a doutrina e em divergência com a jurisprudência. Há que se ressaltar que o tema não se mostra meramente acadêmico ou ideológico, pelo contrário, o entendimento jurisprudencial sempre permitiu juízos puramente subjetivos, solipsismos e discricionariedades judiciais. Por fim, se demonstrará que o posiciona-

mento jurisprudencial é algo tão arraigado que a mudança legislativa, por enquanto, se mostrou insuficiente, eis que os tribunais estão se mantendo inertes diante da mudança.

PALAVRAS-CHAVE: Livre convencimento. Solipsismo. Discricionariedade Judicial.

1. INTRODUÇÃO

O novo CPC (Lei nº 13.105/15) gerou uma mudança significativa em nosso Direito, rompendo-se com o paradigmas criados sob a égide do CPC/73.

O sistema de valoração da prova, em especial, passou por uma releitura que pode ser notada, principalmente, pelo cotejo do art. 131 do código revogado com o art. 371 do novo código, de onde foi suprimido o advérbio “livremente” o qual, diga-se de passagem, nunca constou no art. 93, IX da CR/88.

Pode parecer uma mudança singela, ou até mesmo insignificante para um leitor mais afoito; todavia, não se restringe a uma alteração redacional, desprovida de significado jurídico. Essa mudança foi precedida de intenso debate, do qual, sem dúvidas, o grande fomentador foi o Prof. Lênio Streck, o qual já criticava, incessantemente, o livre convencimento há anos.

Como consequência de tal alteração, para dar maior sistematicidade, outras foram realizadas.

Houve a supressão em alguns outros dispositivos do CPC/73, os quais permitiam uma apreciação “livre”, como na confissão extrajudicial feita a terceiro (art. 353), na fé de um documento (art. 386), no valor de uma primeira perícia (art. 439, parágrafo único) ou, ainda, na investigação de um fato nos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 1.107). Perceba-se que nos correspondentes artigos do CPC/15 aos do CPC/73 acima listados não há, sequer, a utilização da expressão “livre” ou, a título de reforço, afirmam que a apreciação deverá ser motivada e observado o contraditório.

Respectivamente, no art. 394 do CPC/15 não há sequer a previsão da valoração da confissão realizada a terceiro; no art. 426 afirma-se que o juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento; no art. 480, § 3º, expõe que a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra e, por fim, o art. 1.107 do CPC/73 nem possui correspondente legal no CPC/15.

Destarte, percebe-se que, em plena democracia e vigência da Constituição de 1988, não é possível ao magistrado solucionar os casos concretos e complexos por juízos discricionários, subjetivismo e por fundamentações solipsistas. O magistrado deve decidir, não escolher, decisão essa fundamentada (art. 489 § 1º), além de a jurisprudência ser íntegra e coerente (art. 926), não sendo mais possível julgar conforme sua consciência, como amplamente prolatado, além de não ser possível se proferir decisões de surpresa (art. 10), todos dispositivos do CPC/15.

Por mais óbvio que isso possa parecer, até mesmo clichê nos tempos atuais, nada mais é do que aplicar o devido processo legal.

Pode-se afirmar que a alteração é simbólica, mas, certamente, busca encerrar um ciclo, em que o magistrado, na prática, era o protagonista do processo, dotado de um convencimento livre, decidindo e, posteriormente, justificando sua opinião.

O “livre convencimento”, a rigor, se justificou para superar a prova tarifada, em que simplesmente se fazia um “somatório” do valor das provas, sem espaço para valorações, havendo um juiz “boca” ou “escravo” da lei.

Por outro lado, com a atual supressão da apreciação livre, não se quer retornar a tal época, eis que, expungir o livre convencimento do código não equivale à proibição de interpretar, mas, deixa claro que haverá apreciação e valoração, porém, não tão livre assim.

Valorar uma prova nada mais é do que interpretá-la, eis que sendo seu objeto as alegações fáticas, haverá valoração e interpretação sobre tais fatos. Permitir um convencimento livre, pautado na consciência do julgador nada mais seria que um julgamento realizado no tribunal do júri, onde se condena pela íntima convicção, com a diferença que, no livre convencimento, o magistrado expõe, *a posteriori*, as suas razões de ter escolhido nesse ou naquele sentido¹.

Busca-se um magistrado com responsabilidade política, não obstante todos terem suas compreensões prévias, mas isso não significa que somos reféns delas. Devem ser proferidas decisões judiciais conforme o Direito, não conforme o pensar dos julgadores, e que os precedentes tenham “DNA constitucional”, não da vontade individual do aplicador, ainda que esse seja o STF².

1 STRECK, Lenio Luiz. “Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente?.” Fonte: www.conjur.com.br, acessado em 06.05.2016.

2 STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.), **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 554.

Assim, não é mais dogmaticamente aceitável valer-se do jargão do “livre convencimento motivado” para fundamentar as decisões judiciais³, o que acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão⁴.

2. SOBRE O SISTEMA DE VALORAÇÃO DA PROVA PELO JUIZ

Segundo a tradição jurisprudencial brasileira, a legislação processual consagraria uma autorização para que o julgador atribuisse às provas produzidas o valor que entendesse que elas merecessem, conforme as circunstâncias do caso concreto, eis que não possuem, *a priori*, um valor determinado pela lei.

O convencimento do magistrado não pode ser íntimo, tem que ser motivado, apresentando as razões pelas quais entendeu que a prova merece o determinado valor que lhe foi atribuído, por isso que alguns sempre preferiram o emprego de uma persuasão racional. O propósito é se evitar “juízos discricionários”, “puramente subjetivos”, “solipsismos” do órgão julgador, além de permitir e facilitar o controle da decisão⁵.

É um fato que o adjetivo “livre” era mal compreendido, como se o magistrado pudesse valorar a prova como bem entendesse, por conseguinte, com a mudanças realizadas pelo CPC/2015, se pretendeu deixar tal circunstância mais nítida, permitindo-se ao magistrado apreciar a prova, mas não tão livre ou discricionariamente com outrora se poderia cogitar⁶.

Há, contudo, quem ainda afirme que o CPC/15 manteve o sistema de valoração do livre convencimento. Contudo, afirma, categoricamente, que o sistema sempre deixou o magistrado parcialmente livre na apreciação da prova, bem como afirma que nunca pôde existir discricionariedade quanto à prova, legitimando o exame irracional, isso já no CPC/73⁷.

3 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 103.

4 *Ibidem*, p. 552, onde o articulista expõe um trecho do resumo apresentado ao relator do Projeto para o novo CPC, Dep. Paulo Teixeira, onde traz tais conclusões.

5 *Ibidem*, p. 102.

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228. TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. **Primeiras lições sobre o novo direito processual brasileiro**. Coord. Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norata de Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 276. LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 37. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312. DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 103.

7 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 668 e 669.

Há que se ressaltar que o sistema de valoração da prova incide na parte fática da decisão, por ser esse o objeto da prova, porém, as novas exigências de fundamentação da decisão atingem a parte jurídica desta, dificultando a mudança do sistema de valoração da prova. Isso se nota do art. 489, §1º, do CPC/15, o que não atinge a parte fática da decisão. Há, inclusive, quem sustente que o legislador perdeu uma ótima oportunidade de fazê-lo⁸.

Creemos que, realmente, a alteração poderia ter sido mais veemente, pois a apreciação livre está arraigada em nosso sistema e seria melhor uma alteração mais completa.

Há também quem afirme que a mudança se deu somente no plano legal, não no plano normativo, pois o sistema de valoração da prova já era o da persuasão racional e já estava construído no plano normativo desde o CPC/73⁹.

3. O PROBLEMA DOS JUÍZOS DISCRICIONÁRIOS, SUBJETIVISMO E DO SOLIPSISMO¹⁰

Darcy Ribeiro¹¹ já afirmava que uma das grandes dificuldades do ser humano é desvelar as obviedades do óbvio e, de fato, só conseguimos desmascarar uma obviedade para descobrir outras mais óbvias ainda. O óbvio seria que o individualismo do sujeito constrói o seu próprio objeto de conhecimento, pois acredita que o conhecimento deve ser fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles.

Isso transparece nos julgados que afirmam estar decidindo de “acordo com a sua consciência”, “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”, “a decisão atende a razoabilidade” ou ao “interesse público”, em que haveria um poder discricionário dos juízes¹². Aposta-se no protagonismo

8 *Ibidem*, p. 669.

9 MACEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e a sua dinamização**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 66.

10 Sobre esse tópico vale a consulta a: STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5ª ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

11 RIBEIRO, Darcy. **Sobre o óbvio/Ensaio insólitos**. Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1986.

12 A título de ilustração: “É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento motivado, que possibilita ao juiz a apreciação livre das provas colacionadas aos autos.” (STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 486.549/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Dje 17/11/2014).

judicial como uma forma de concretizar direitos, em uma “jurisprudência dos valores”, deslocando o problema da concretização de direitos dos demais poderes e da sociedade em direção do Judiciário.

O ativismo judicial praticado pelos tribunais, através de sua ação no tecido social, obriga os demais poderes a agirem também. O Judiciário agir, desde que devidamente provocado, no sentido de fazer cumprir a Constituição, não é ativismo, pois esse surge exatamente no momento em que se extrapola os limites impostos pela Constituição e passa-se a fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para o “mal”¹³.

O Direito não é, e não pode ser, aquilo que o intérprete quer que ele seja, tampouco aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é¹⁴; do contrário, para que serviria a Lei ou a Constituição?

A interpretação do Direito é evitada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista, e o único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do seu sentido somente pode ser realizada a partir de uma ordem do *a priori*, que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso¹⁵.

O Direito que surge do paradigma do Estado Democrático deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. Se aumenta o espaço da jurisdição, por meio da função contra majoritária, parece evidente que, para a preservação dessa autonomização, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais.

O magistrado não pode estar compromissado apenas com a sua consciência, pois, do contrário se estará criando, como designa Oscar Vilhena, uma “supremocracia”, que seria uma espécie de ditadura do Judiciário¹⁶.

O processo não pode, em *ultima ratio*, em plena Constituição de 1988, ser o resultado do que a consciência do juiz indicar, sendo a gestão da prova valorada por critérios subjetivos e inquisitivos do julgador. Cons-

13 *Ibidem*, p. 22, nota 9.

14 Cabe aqui lembrar o julgador do STJ, que afirmou que “não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do STJ assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. (...) Esse é o pensamento do STJ, e a doutrina que se amolde a ele. (...) Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.” (STJ, AgReg em REsp 279.889/AL, julgado em 03.04.2001).

15 STRECK, Lênio Luiz. “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?” *Revista NEJ* - Eletrônica, v. 15, n. 1, jan-abr 2010, p. 158-173.

16 VILHENA, Oscar. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2008, p. 441-464.

ciência, subjetividade, sistema inquisitivo e poder discricionário passam a ser variações do mesmo tema, não podendo o julgador sustentar que pode realizar uma avaliação subjetiva conforme sua consciência, pois, assim, se estará criando um solipsismo judicial, no qual se crê que além do julgador só há as suas próprias experiências, como se não houvesse outros serem pensantes e envolvidos no debate democrático.

Muito já se discutiu o papel do Judiciário na interpretação do Direito, pois ao exercer em sua plenitude a criatividade judiciária, estão adentrando na área específica do poder Legislativo, cuja função principal, segundo a teoria montesquiniana da separação dos poderes, seria a de elaborar a lei, comprometendo a teoria basilar dos modernos regimes democráticos.

Por outro lado, há quem considere que esse exercício representa o fortalecimento de um dos poderes do Estado, permitindo o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, os *checks and balances* norte-americanos.

A produção do Direito por obra dos juízes é chamada por Mauro Cappelletti de “criatividade da função jurisdicional”, no estudo em que procura justamente desvendar a questão: saber se o juiz é mero intérprete-aplicador do Direito ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, da criação do Direito. Para o autor, o verdadeiro problema está no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito pelos tribunais¹⁷.

Direito é integridade e coerência, como afirmado pelo art. 926 do CPC/15¹⁸, os quais são elementos da igualdade.

Há coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para casos idênticos, assegurando a integridade do Direito, a partir da força normativa da Constituição. A integridade, segundo o **Império do Direito** de Dworkin¹⁹, exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada com conjunto do Direito, evitando o estabelecimento de “dois pesos e duas medidas” nas decisões judiciais, arbitrariedades interpretativas, atitudes solipsistas e voluntaristas.

A integridade relaciona-se com a unidade do Direito. O tribunal deve decidir conforme o Direito (normas constitucionais, legais, adminis-

17 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

18 Tal artigo foi fruto, novamente, da iniciativa do professor Lênio Streck.

19 O enunciado normativo nos leva a concepção teórica sobre o termo integridade, ligado às ideias de: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213-332.

trativas, negociais, precedentes etc.), não sendo possível, por exemplo, se utilizar um “Direito Alternativo”, impedindo voluntarismo judicial e argumentações arbitrárias, em que um caso somente pode se resolver pela totalidade do ordenamento jurídico, não por uma só de duas partes, pois o Direito é um sistema de normas, não um amontoado²⁰.

Além disso, a Constituição deve ser o fundamento jurídico para todas as demais normas jurídicas e, a partir de tal premissa, deve o julgador analisar todos os argumentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese discutida, por força do princípio do contraditório.

O STF, por exemplo, ao julgar a ADI 2.549 decidiu que o CDC é aplicável às instituições financeiras. Haveria coerência se a jurisprudência continuasse a decidir pela não aplicação do CDC aos contratos bancários, mas não haveria integralidade²¹, donde percebe-se que não há compromisso ou coerência com o erro.

De igual modo, quando o STJ decidiu, na vigência do CPC/73, que entre os núcleos de prática jurídica de instituições federais e de instituições particulares, somente àquelas se aplicaria prazo em dobro²², não houve coerência.

Não haveria integridade, a título de ilustração, na decisão que não considerasse obrigatória a intimação das Fazendas Públicas em ação de usucapião de procedimento comum, porque o CPC/15 silencia a respeito, não obstante se exigir intimação no procedimento administrativo da usucapião (art. 1.071 do CPC/15).

De igual modo, não há integridade na jurisprudência²³ que não admite oferecimento de bem de família a penhora, sendo que o CC/02 autoriza sua alienação onerosa ou gratuita pelo próprio executado.

Nesse sentido, a integridade é antagônica ao livre convencimento, evitando-se um drible hermenêutico, do tipo “seguindo minha consciência, decido de outro modo”²⁴.

Pode haver coerência na jurisprudência, como realmente há na adoção do “livre convencimento”, mas de forma inconsistente, pois a ar-

20 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 480.

21 *Ibidem*.

22 STJ, 3ª T., REsp 1.106.213/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado 25.10.2011, superado pelo art. 186 §3º do CPC/15.

23 Durante alguns anos esse foi o entendimento na jurisprudência, contudo, se encontra superado com fundamento *no venire contra factum proprium*: STJ, REsp 1.601.577, rel. Min. Ricardo Villas Bôas, julgado 20.06.2016.

24 STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.), **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1187.

gumentação é frágil e lacunosa, apesar de não haver contradição, ou seja, há coerência com as decisões anteriores.

Atualmente se reconhece a união homoafetiva dentro do conceito de família, portanto, por coerência, deve ser reconhecida para fins de sucessórios, previdenciários etc. De igual modo, muito se fala, e se reconhece a poliafetividade, pela coerência, deve ser aplicada para todos os fins, como acima exposto. Resta saber se está sendo coerente com o erro ou com o acerto. Enfim, na coerência, há de haver um dever de autorreferência²⁵.

De igual modo, uma jurisprudência pode ser íntegra, mas inconsistente, decidindo com atenção a unidade do Direito, mas o faz a partir de distinções inconsistentes ou teorias obsoletas²⁶. Já dizia Dworkin²⁷ que a “*construção judicial do Direito é um romance em cadeia: cada julgador constrói um capítulo, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior*”.

Cada decisão não pode estabelecer um grau zero de sentido, a discricionariedade é a porta de entrada dos decisionismos e voluntarismos. Construiu-se, assim, um imaginário na comunidade jurídica brasileira, no qual o juiz decidir de modo solipsista encontra fundamentação no Estado Democrático de Direito, apostando na “boa escolha”, discricionária, do magistrado.

Ocorreu e, ainda, está ocorrendo (como se demonstrará adiante) uma naturalização. O Judiciário descumpre o seu papel devagar, os advogados se acostumam, nem sentem o açoite. É o problema do óbvio. A naturalização é um fenômeno que faz com que, mais tarde, alguém diga: mas isso sempre foi assim²⁸.

4. LIMITES À VALORAÇÃO DA PROVA PELO JUIZ

Um primeiro limite à valoração da prova pelo juiz é a utilização da prova constante dos autos, o que é uma consequência do contraditório.

O CPC/15 inovou ao deixar clara a necessidade de a prova valorada ter sido produzida e constar dos autos do processo (art. 371). Não por outro motivo que o art. 372, ineditamente, regulamenta a denominada

25 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 480.

26 *Ibidem*, p. 478.

27 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275.

28 STRECK, Lenio Luiz. "As notícias não são boas. Judiciário não cumpre o CPC: *Is it the law?*" Fonte: www.conjur.com.br, acessado em 12.05.2016.

prova emprestada, ou seja, a trasladada de um processo para o outro. O juiz pode admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, desde que observado o contraditório.

Considerar o não constante no processo é o mesmo que surpreender as partes. A possibilidade de se conhecer um assunto ou produzir uma prova de ofício é diferente de decidir sem ouvir as partes, pois o processo não é inquisitivo, mas fruto da participação das partes em contraditório.

Não é por outro motivo que o art. 10 do CPC/15 exige manifestação das partes sobre questões que o magistrado possa conhecer de ofício, para se evitar a surpresa.

Um segundo limite é a necessidade de uma motivação racional e controlável. Não se pode admitir qualquer motivação para atender o comando do art. 371 do CPC/15, devendo ser racional, partindo de premissas que também possam ser aceitas racionalmente, justificando a decisão, para que possa ser controlada.

Não se pode admitir discursos meramente retóricos ou superficiais, vazios de conteúdo, gerando um consenso irracional, como fundamentado em concepções religiosas, místicas, por exemplo. Há, inclusive, autores que afirmam que a juntada de carta psicografada é uma prova ilícita²⁹ e com razão.

De igual modo, a utilização de expressões vazias, como “conforme a prova dos autos”, “diante do robusto conjunto probatório”, “as provas produzidas não deixam margem à dúvida”, além de nada terem a ver com a técnica de valoração das provas, já eram nulas no CPC/73, bem como o são no CPC/15³⁰.

No mesmo sentido, sendo a produção probatória sobre fatos controversos, não se pode cogitar, na espécie, de discricionariedade, como, por exemplo, se houver matéria médica ou contábil, terá o juiz que nomear perito.

Além de se exigir uma motivação racional, deve a mesma ser controlável, clara e pública, eis que não se dirige apenas às partes, mas a toda

29 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 104.

30 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 668 e 669.

a comunidade de jurisdicionados, além de não poder ser secreta, salvo na hipótese do art. 145, §1º, do CPC, quando se declara suspeito.

Observe-se que o fato de existir um sistema de valoração da prova não impede que haja alguns exemplos de prova legal, como os que exigem a prova exclusiva por documento público, como no art. 5º, parágrafo único, I, do CC ou nos arts. 1.438 e 1.448 do CC, contudo, tais dispositivos não impedem a apreciação do material probatório pelo julgador, apenas o direciona, como forma de evitar decisões arbitrárias, baseadas em interpretações pessoais, resguardando a segurança jurídica.

Há, ainda, um terceiro limite que é a obrigatoriedade de observância das regras de experiência, visto que o julgador não pode abandoná-las, como não aceitar a lei da gravidade ou aceitar que o motorista dirigia em alta velocidade em localidades em que há engarrafamentos diários nos horários de pico.

5. A JURISPRUDÊNCIA APÓS O CPC/15

Quer se concorde ou não com a mudança, há que se reconhecer que houve uma mudança no âmbito legislativo, a qual deve ser observada e cumprida pelo Judiciário. A modernidade somente surgiu com a interdição proporcionada pela lei, pois entre civilização e barbárie, optamos pela primeira e o custo disso é obedecermos à lei, que passa a ser um princípio, e sociedade sem princípio é anarquia³¹.

Destarte, as cortes jurisdicionais que deveriam uniformizar e interpretar as leis federais seguem aplicando o “livre convencimento”, como se nada tivesse sido alterado. Há, por exemplo, seis decisões do STJ³², somente de 01 a 23 de Junho de 2016 que se utilizam do “livre convencimento”³³.

31 STRECK, Lenio Luiz. "As notícias não são boas. Judiciário não cumpre o CPC: *Is it the law?*" Fonte: www.conjur.com.br, acessado em 12.05.2016.

32 "Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova quando o magistrado, entendendo substancialmente instruído o feito, motiva a sua decisão na existência de provas suficientes para formação do seu convencimento." (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 684319/MG, rel. Min. Moura Ribeiro, julgado 07.06.2016). "Cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto." (STJ, 2ª T., AgInt no AgRg no AREsp 833106/SC, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 02/06/2016).

33 Perceba-se que são decisões prolatadas totalmente na vigência do CPC/15, no qual nem se pode pretender aplicar o art. 1.047.

Compulsando a jurisprudência do TJ/RJ³⁴, os dados são mais significativos, havendo 39 julgados que se utilizam do “livre convencimento”, somente de 01 a 23 de junho de 2016.

Percebe-se, portanto, que continua arraigada em nosso ordenamento a cultura do não cumprimento da lei, gerando uma naturalização do descumprimento, o problema do óbvio, como já mencionado, que é nefasto à mudança.

6. CONCLUSÃO

Como se pôde demonstrar, o sistema de valoração da prova foi alterado, apesar de ser uma mudança pequena no âmbito literal, mas com forte impacto simbólico e cultural.

Busca-se um processo civil democrático, construído para o cidadão, com observância do contraditório prévio e efetivo, pautado na boa-fé, visando à solução de mérito, com decisões verdadeiramente fundamentadas, ou seja, que observem o devido processo legal.

Há de existir um CPC/15 do equilíbrio entre os magistrados, advogados e jurisdicionados.

O Judiciário não pode repretinar a expressão derogada, conspurcando a vontade legislativa, pois se trata de uma opção paradigmática feita pelo legislador, não podendo o juiz dar o valor que entender adequado à prova.

A doutrina já estava consolidada no sentido da alteração legislativa. Contudo, tal circunstância não foi suficiente. A lei mudou; o que mais se precisa mudar? Precisa-se de uma mudança cultural e de postura.

O Judiciário, bem como os demais operadores do Direito, não podem ignorar a lei e a doutrina. O CPC/15 não pode ser lido e interpretado aos olhos do CPC/73, redigido antes da Constituição de 1988.

O processo é um espaço de construção de soluções democráticas, em que se abre um espaço de discussão intersubjetivo a respeito da me-

34 “Em nosso sistema processual civil vigora o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, pelo qual o juiz tem liberdade para valorar as provas produzidas, devendo expor, racionalmente, quais os motivos que o fizeram chegar àquela conclusão, na forma do disposto nos artigos 130 e 131 do CPC/73 e artigos 370 e 371 do NCPC.” (TJ/RJ, 20ª CC, Des. Wilson do Nascimento Reis, 0008848-61.2002.8.19.0014 – APELACÃO, julgada em 15.06.2016) “Ademais, o juiz é o destinatário da prova, em decorrência do princípio do livre convencimento. Inteligência do art. 130 do CPC.” (TJ/RJ, 9ª CC, 0015106-38.2012.8.19.0208 – Apelação, Des. Luiz Felipe Francisco, julgado em 14.06.2016)

lhor interpretação do Direito para um caso específico. É por isso que as partes têm direito de falar e de serem ouvidas, no fiel cumprimento do princípio do contraditório e não por outro motivo o magistrado tem a obrigação de dialogar e de levar em consideração todos os argumentos.

O “livre” convencimento é, frequentemente, utilizado para afastar a produção probatória, pois, sendo o juiz o destinatário da prova, ele próprio que decide sobre o que é necessário para a formação do seu convencimento e, estando satisfeito com o que já está nos autos, pode impedir a produção probatória, não necessitando de mais elementos.

A lei não pode ser ignorada ou subutilizada; o magistrado não pode querer dizer o que não disse o legislador. A mudança visa a estimular o raciocínio institucional, gerando um afastamento de subjetivismos. ❖

7. BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. *In*: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.), **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. "Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente?". Fonte: www.conjur.com.br, acessado em 06.05.2016.

_____. "As notícias não são boas. Judiciário não cumpre o CPC: *Is it the law?*" Fonte: www.conjur.com.br, acessado em 12.05.2016.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5ª ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. "Aplicar a 'letra da lei' é uma atitude positivista?". **Revista NEJ** - Eletrônica, Vol. 15, n. 1, jan-abr 2010, p. 158-173.

RIBEIRO, Darcy. **Sobre o óbvio/Ensaio insólitos**. Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1986.

TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. **Primeiras lições sobre o novo direito processual brasileiro**. Coord. Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norata de Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MACEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e a sua dinamização**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

VILHENA, Oscar. "Supremocracia". **Revista Direito GV**, São Paulo, jul-dez 2008.

Tutela Coletiva dos Direitos dos Minoritários

Jorge Lobo

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

De 2004 a 2009, o número de acionistas na BM&FBOVESPA foi de 85.500 para 532.000, havendo, em 2010, sua diretoria realizado ufanista campanha publicitária, inclusive com a participação do “Rei Pelé”, na qual garantia que, até o final de 2015, mais de 4.400.000 brasileiros estariam participando de companhias abertas. Como era de se esperar, a “promessa” não se cumpriu, pois, hoje, apenas 585.781 pessoas físicas e jurídicas operam no mercado de ações (dados de maio de 2016).

Cientistas políticos e economistas debitarium esse retumbante fracasso à situação financeira global após a crise de 2008, à falta de confiança dos investidores internacionais (fundos de *hedge* e de pensão), à perda de credibilidade na gestão da economia pelo “governo Dilma” etc.

Inspirado nos cânones do “pragmatismo jurídico americano” e da “teoria econômica do direito”, eu acrescentaria que o estrondoso fiasco se deve, também, à deficiente estrutura e à defasagem do sistema de tecnologia da CVM, para investigar e punir fraudes dos agentes do mercado; ao desmedido uso de informações privilegiadas (em 2013, foram detectados 91.000 indícios de irregularidades na bolsa); à morosidade, complexidade, custos e despesas do processo judicial, mas, sobretudo, ao arraigado sentimento popular de que a CVM, o Poder Judiciário e os mecanismos legais de proteção dos direitos dos acionistas minoritários de companhias abertas são ineficientes, nulas as consequências práticas, insatisfatórios os resultados, o que é fácil de constatar através de simples verificação empírica, o que explica porque acionistas minoritários de grandes companhias não recorrem à CVM e ao Poder Judiciário, não lutam para obter a condenação dos responsáveis pela queda do valor de suas ações, se “omitem” na defesa de seus direitos e interesses!

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América e na Alemanha, o cidadão comum — o poupador que a BM&FBOVESPA bus-

cou cooptar — não acredita que o nosso sistema jurídico possa proporcionar-lhe cabal ressarcimento dos prejuízos causados aos seus legítimos interesses por acionistas controladores e administradores inescrupulosos, o que o leva a decidir-se por considerar perdido o investimento, a desistir de propor ação individual de perdas e danos e sequer a pensar em *ação coletiva*, tão corriqueira nos EUA.

A “*ação coletiva*” é, metaforicamente, uma “viagem em grupo” por um caminho tortuoso e escabroso de céticos e crentes, de desolados e esperançosos, unidos por uma causa única e solidários no infortúnio, em busca e clamando por ... Justiça!

Na América, *ações coletivas* contra gigantescas corporações americanas, com fundamento em má-fé e fraude de seus “notáveis” dirigentes, terminaram no pagamento de indenizações bilionárias (Enron, US\$ 7,2; WorldCom, US\$ 6,2; Tyco, US\$ 3,2), havendo, somente em 2015, sido propostas 191.

Na Alemanha, a Suprema Corte, ao julgar demandas de pessoas ilaqueadas em sua boa-fé por dados e informações falaciosas, condenou os réus a reparar-lhes os danos materiais que sofreram, o que salvou o mercado de capitais germânico da destruição, segundo declaração de Peter Sester, professor do Instituto de Lei e Finanças da Universidade de Frankfurt.

Aqui, todavia, grassa a ideia de que *ações coletivas* não são meios capazes de lograr a punição de controladores e de gestores de companhias abertas em decorrência de fraude ou de má-fé ou da divulgação de “ *fatos relevantes*”, “ *comunicados ao mercado*”, “ *balanços e demonstrações financeiras*”, “ *notas explicativas*”, “ *propaganda institucional*” etc., contendo informações falsas ou distorcidas ou manipuladas ou artificiais com o propósito de iludir investidores e induzi-los a adquirir títulos e valores mobiliários negociados na BM&FBOVESPA.

Palmar engano! Somente o temor de “ *ações coletivas*”, manejada para defesa dos chamados “ *direitos individuais homogêneos*”, é capaz de compelir maus acionistas controladores, membros de conselhos de administração e diretorias das sociedades anônimas nacionais a agirem de acordo com elementares princípios de governança corporativa, a cumprirem os deveres de diligência, lealdade e fidelidade aos interesses sociais elencados na Lei nº 6.404, de 1976, e a observarem as normas regulamentares editadas pela CVM, sob pena de severas sanções administrativas, civis e penais.

De há muito, na doutrina pátria, à frente a emérita Professora Ada Pellegrini Grinover, e, agora, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os “*direitos individuais homogêneos*” são considerados direitos subjetivos, divisíveis, com titular certo e determinado ou determinável, em regra disponíveis e oriundos de causa comum, conforme acórdão unânime do Tribunal Pleno no julgamento do REExt. nº 631.111 – Goiás, Rel. Min. Teori Zavascki.

Consoante assentaram, sem voz discrepante, os eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos se dá em duas fases: uma, destinada a obter sentença a respeito dos elementos que compõem o núcleo da homogeneidade dos direitos tutelados (*an debeatur, quid debeatur e quis debeat*); outra, julgado procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada a definir as situações individuais de cada um dos lesados (*o cui debeatur e o quantum debeatur*) e efetivar os atos executórios.

Aos que sustentam que a ação coletiva não se presta à defesa dos direitos e interesses de acionistas minoritários, respondo com categóricas afirmações do eminente Min. Teori, referendadas pelos demais integrantes do STF, das quais destaco: “... a *proteção dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro e de capitais constitui não apenas interesse individual do próprio lesado, mas interesse da sociedade como um todo*” (p. 16 do v. acórdão). ❖

A Evolução da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Materiais e Processuais

José Tadeu Neves Xavier

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Professor da Faculdade Fundação Escola Superior 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.

RESUMO: O presente estudo tem por escopo apresentar breve síntese sobre a evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. São analisados os *leading cases* que deram origem ao debate sobre o afastamento da personalidade jurídica no sistema jurídico anglo-saxão e o percurso trilhado pela legislação interna na positivação do tema. Também é tratada a problemática da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica frente a garantia do devido processo legal, agora regulada expressamente no novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da personalidade jurídica. Origem. Aspectos materiais e processuais. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. A teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3. A origem anglo-saxã da teoria da *piercing the corporate veil*. 4. A formação e consolidação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro. 4.1. A cláusula geral da teoria da desconsideração na codificação civil. 4.1.1. O desvio de finalidade. 4.1.2. A confusão patrimonial. 4.2. A teoria maior e teoria menor na temática da desconsideração da personalidade jurídica. 5. A processualização da *disregard doctrine* no novo Código de Processo Civil. 6. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A teorização da pessoa jurídica representa uma das grandes realizações do pensamento jurídico moderno, exercendo especial importância prática em diversos setores do direito, mormente no âmbito das relações negociais.

Numa visão mais imediata o direito volta-se à regulamentação da pessoa humana, dispondo sobre a sua conduta, suas relações e seus bens, recepcionando e regulando a sua condição existencial, eis que somente estas são capazes de entendê-lo e respeitá-lo e, eventualmente, sofrer as consequências advindas da desobediência das determinações impostas pelo ordenamento jurídico. A complexidade crescente das relações sociais, porém, acarretou a necessidade de se ir além da pessoa natural, concebendo-se a existência de entes abstratos, capazes de compartilhar o cenário sociojurídico com os seres humanos. Ao lado da pessoa natural, foi concebida a pessoa jurídica, apta a substituir os indivíduos nas relações econômicas mais avançadas, com consideráveis vantagens.

Com a consolidação da condição da pessoa jurídica como sujeito de direito autônomo, as experiências sociais trouxeram a preocupação com a sua má-utilização, passando a se permitir o afastamento da personalidade do ente abstrato e, surpreendendo a realidade que lhe é subjacente, autorizar que a responsabilidade patrimonial venha a recair sobre os bens pessoais dos membros que a compõem. Foi criada, assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Surgida no âmbito do direito anglo-saxão, não tardou a ocupar espaço cativo na prática de ordenamentos jurídicos dos mais diversos países, o que inclui o direito nacional, onde representa um dos exemplos mais emblemáticos do ativismo jurisprudencial experimentado nas últimas décadas no cenário do direito brasileiro. Apesar de sua origem estrangeira, a *disregard doctrine* encontrou no direito nacional solo fértil para a sua consolidação, garantindo presença cativa em nossos debates jurídicos.

A consagração da *doutrina da desconsideração* ocorreu, num primeiro momento, no ambiente pretoriano, a partir da década de oitenta do século passado. A sua positivação, porém, foi tardia, sendo construída de forma paulatina, por meio de legislações esparsas, até alcançar plena realização com o advento do Código Civil central de 2002, que a ela dedicou disposição normativa específica.

A normatização desta figura jurídica, no entanto, foi concretizada tão somente no plano material, sendo que o tema continuava carecendo

de atenção no aspecto concernente a sua efetivação no âmbito processual, ambiente no qual se realiza, por meio de sua aplicação os casos concretos. Tal lacuna abriu espaço para um rosário de debates sobre a definição da melhor técnica de sua efetivação no seio do processo civil, sem risco de ofensa aos ditames básicos do ordenamento processual.

A nova legislação processual, atendendo às reivindicações doutrinárias, enfim realizou a tão desejada regulamentação procedimental da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, orientando a sua efetivação sob a moldura de incidente processual. A inovação está consolidada nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, com a inserção do *incidente* dentre as espécies de intervenção de terceiros. Embora tal novidade não passe indene a críticas, a iniciativa do legislador processual é altamente louvável e representa passo histórico na consolidação de *nova fase* para a concretização da *disregard doctrine* no direito brasileiro.

2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A concepção, consagrada no pensamento jurídico mundial, atribuindo à pessoa jurídica o status de entidade dotada de personalidade autônoma e distinta de seus membros, representa uma das características mais marcantes do pensamento jurídico de nosso tempo. As vantagens da aceitação de outorga de personalidade jurídica a entes distintos das pessoas naturais são indiscutíveis, refletindo-se diretamente na ordem econômica e social, em especial quando a personificação vem acompanhada da tão cultuada limitação de responsabilidade.

O risco inerente à implantação e desenvolvimento de projetos empresariais encontra na limitação de responsabilidade um porto seguro, minimizando a sua intensidade e tornando factível o desempenho de atividades profissionais. O desenvolvimento econômico deve, em muito, a atuação destas figuras abstratas, capazes de viabilizar grandes concentrações de capitais, atuando como os principais agentes de mercado, assumindo a posição de principais fornecedoras da sociedade de consumo e de maiores empregadoras.

No entanto, à condição de sujeito de direito reconhecida a pessoa jurídica comumente é agregado o regime de limitação de responsabilidade, trazendo à tona a inevitável problemática resultante da possibilidade de sua utilização de forma abusiva, ou seja, desvirtuada dos fins que inspiraram a sua inserção no pensamento jurídico. Na busca de encon-

trar solução adequada a essa indesejada situação, o ativismo pretoriano desenvolveu a chamada *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, autorizando o julgador, quando da análise do caso concreto, a desprezar os efeitos da personificação, mormente em relação à limitação de responsabilidade e, conseqüentemente, atribuir às obrigações por dívidas, formalmente pertencentes à entidade, aos seus membros ou administradores. Valemo-nos, aqui, da conceituação formulada por Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, definindo que “a **disregard doctrine** consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas se utilizando, simulações e fraudes, alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico”¹.

Assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (em nosso país e também nos sistemas estrangeiros), nasceu fundada em fértil jurisprudência, de toda classe de tribunais, passando a representar um dos temas de maior destaque no cenário jurídico da atualidade.

A origem pretoriana da *disregard doctrine* lhe garantiu a efetividade necessária para a sua consolidação no cenário jurídico, mas trouxe, de outra banda, o risco da insegurança jurídica. O limite entre o respeito à autonomia da pessoa jurídica e as hipóteses em se mostra possível a sua desestimação não são claramente definidos, de forma que esta indefinição prévia encaminha o debate para a casuística. A análise tópica inviabiliza o alcance de adequada sistematização em relação aos requisitos autorizadores do *descortinamento* da personalidade jurídica.

Analisando a temática no seio do direito argentino, que compartilhou da experiência de construção jurisprudencial da *inoponibilidad de la personalidad jurídica*, Leandro Javier Caputo expressou o sentimento de que a efetivação da doutrina da desconsideração nos tribunais repassava a impressão de que o seu uso correspondia mais ao *olfato do jurista* sobre o exercício abusivo de direitos do que a aplicação de critérios científicos².

Nos demais países a situação não é distinta. No sistema norte-americano, onde esta realidade é altamente sensível, foi desenvolvida

1 A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 85.

2 *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, p. XIV.

fértil e prolixa produção doutrinária visando a obtenção de sistematização das hipóteses autorizadoras do levantamento do véu societário, sempre levando em consideração as experiências jurisprudenciais anteriores, tomando como referência os precedentes consolidados no ativismo jurisprudencial. Nesta linha, a doutrina passou a sugerir a adoção da técnica de *test*, consistente em operação em que são cotejados os fatores previamente definidos como orientadores da efetivação da *disregard*, com as circunstâncias postas em análise no caso concreto que estiver *sub judice* no momento, propiciando a obtenção de conclusão sobre a ocorrência do abuso da personalidade jurídica. É clássica a proposta *piercing test* elaborada por D. H. Barber, que oferece amplo rol de hipóteses ensejadoras para a realização da *piercing the corporate veil*: (a) confusão patrimonial entre a sociedade e seus sócios, (b) desvio de fundos da entidade para fins não corporativos, (c) descumprimento das formalidades necessárias para a subscrição de quotas ou ações da sociedade, (d) presença de um único sócio, (e) defeitos na escrituração constantes dos livros da entidade, (f) identidade de sócios entre duas sociedades, (g) identidade de diretores ou gestores em sociedades, (h) infracapitalização ou capitalização inadequada em relação aos riscos da atividade empresarial, (i) ausência de separação de ativos entre sociedades, (j) uso da pessoa jurídica como mera fachada para encobrir iniciativas particulares de seus membros, (l) concentração de todas as quotas ou ações e poder de um único sócio, ou de uma mesma entidade familiar, (m) utilização do mesmo local para sediar a entidade e os negócios de seu único sócio, (n) emprego dos mesmos trabalhadores ou gestores pela sociedade e seu único sócio, (o) dissimulação da identidade, gestão ou interesses financeiros da sociedade e das atividades mercantis de seus sócios, (p) não observância das formalidades legais ou o distanciamento devido da distância entre sociedades relacionadas, (q) utilização da sociedade para fornecer trabalho, prestar serviços ou mercadorias a outra pessoa ou entidade, (r) distribuição de bens e de fundos da sociedade para sócio em fraude a credores, ou manipulação de ativos e passivos entre sociedades com o intuito de concentrar os ativos em uma e os passivos em outra, (s) uso da sociedade como subterfúgio para a prática de transações ilegais, e (t) constituição e uso da corporação para assumir obrigações pertencentes a outra pessoa ou entidade³.

3 "Piercing the corporate veil", *Willamette Law Review*, p. 374-375. Nas exatas palavras do autor: (1) *commingling of funds and other assets of the Corporation with those of the individual shareholders (Corporation XYZ holds no separate bank account but deposits the receipts from its business transactions in the personal account of A, its sole*

No cenário nacional, mesmo contando com a posituação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na cláusula geral do art. 50 da Codificação Civil, esta fase de insegurança não foi integralmente vencida com a posituação da teoria da desconsideração, pois, como será analisado a seguir, passamos a ter no direito positivo nacional uma série de previsões sobre o tema, mas que não guardam perfeita sintonia entre si.

3. A ORIGEM ANGLO-SAXÃ DA TEORIA DA *PIERCING THE CORPORATE VEIL*

A formulação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve início no ventre da jurisprudência da *common law*, em decisões que datam do século XIX, quando ficou conhecida como *disregard doctrine*, *piercing the corporate veil*⁴, *lifting the corporate veil* ou *cracking open the corporate shell*.

Há clássica controvérsia doutrinária sobre o verdadeiro *leading case* pioneiro no tema, polarizando-se entre o caso *Bank of United States v. Deveaux*, julgado em 1807, no sistema norte-americano, e o caso *Salomon v. Salomon Co. Ltd.*, do direito inglês, datado de 1897.

shareholder); (2) *diversion of the corporation's funds or assets to noncorporate uses (to the personal uses of the corporation's shareholders)*; (3) *failure to maintain the corporate formalities necessary for the issuance or subscription to the corporation's stock, such as formal approval of the stock issue by an independent board of directors*; (4) *an individual shareholder representing to persons outside the corporation that he or she is personally liable for the debts or other obligations of the corporation*; (5) *failure to maintain corporate minutes or adequate corporate records*; (6) *identical equitable ownership in two entities (Corporation A is owned by the same shareholders and in the same proportions as Corporation B)*; (7) *identity of the directors and officers of two entities who are responsible for supervision and management (a partnership or sole proprietorship and a corporation owned and managed by the same parties)*; (8) *failure to adequately capitalize a corporation for the reasonable risks of the corporate undertaking*; (9) *absence of separately held corporate assets*; (10) *use of a corporation as a mere shell or conduit to operate a single venture or some particular aspect of the business of an individual or another corporation*; (11) *sole ownership of all the stock by one individual or members of a single family*; (12) *use of the same office or business location by the Corporation and its individual shareholder(s)*; (13) *employment of the same employees or attorney by the corporation and its shareholder(s)*; (14) *concealment or misrepresentation of the identity of the ownership, management, or financial interests in the corporation, and concealment of personal business activities of the shareholders (sole shareholders do not reveal the association with a corporation, which makes loans to them without adequate security)*; (15) *disregard of legal formalities and failure to maintain proper arm's length relationships among related entities*; (16) *use of a corporate entity as a conduit to procure labor, services, or merchandise for another person or entity*; (17) *diversion of corporate assets from the corporation by or to a stockholder or other person or entity to the detriment of creditors, or the manipulation of assets and liabilities between entities to concentrate the assets in one and the liabilities in another*; (18) *contracting by the corporation with another person with the intent to avoid the risk of nonperformance by use of the corporate entity, or the use of a corporation as a subterfuge for illegal transactions*; (19) *the formation and use of the corporation to assume the existing liabilities of another person or entity*.

4 O pioneirismo na utilização da expressão *piercing the corporate veil* é atribuído a I. Maurice Wormser, que a utilizou em estudo publicado na *Columbia Law Review*, em 1912 ("*Piercing the veil of the corporate entity*"). Posteriormente, em 1927, o jurista publicou a clássica obra *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*, que conta com edição fac-símile, publicada em 2000, pela editora Beardbooks.

O caso *Bank of the United States v. Deveaux* foi julgado pelo célebre Juiz Marshall, na Suprema Corte norte-americana. A discussão processual foi centralizada no âmbito da definição da competência jurisdicional para o seu julgamento. Até então esse Tribunal tinha se manifestado no sentido de que a *corporation*, como reunião de várias pessoas, é invisível, imortal e sua existência somente ocorre em virtude de seu reconhecimento pelo sistema jurídico. Nessa linha de raciocínio, uma *corporation* – intangível e invisível – não poderia ser considerada como cidadã de determinado Estado Federado. A Constituição Federal norte-americana, em seu artigo 3º, seção 2ª, sem embargo, limita a jurisdição dos tribunais federais deste país às controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados. Entretanto, no caso assinalado o Juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das Cortes Federais sobre as *corporations*, conheceu da causa, considerando a condição das pessoas individuais que compunham a entidade. Assim, manifestou-se aquela Corte Suprema no sentido de que se deve levar em conta a cidadania estadual dos indivíduos que compõem a sociedade. Não há como se deixar de reconhecer, nesse *case*, um importante precedente no sentido de levar em consideração não apenas a estrutura formal das pessoas jurídicas, sendo imperativo, em certas situações específicas, buscar a efetiva realidade que se esconde sob o seu manto protetor.

No âmbito da doutrina jurídica norte-americana, porém, a doutrina da *piercing the corporate veil* ganhou fôlego somente nas primeiras décadas do século passado, incentivada, em especial, pelos trabalhos pioneiros de I. Maurice Wormser, passando a contar, rapidamente, com numerosa literatura jurídica, que não tardou a ser transposta para a seara dos tribunais⁵.

No entanto, para muitos, o *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi fixado por meio do famoso caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado no Direito Inglês em 1897, e, portanto, mais

5 Em interessante estudo, datado da década de noventa do século passado, Robert B. Thompson realizou pesquisa de campo, da qual extraiu uma série de dados demonstradora da aplicação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica nos diversos tribunais estaduais norte-americanos. Nesse estudo, o jurista indica o percentual de decisões favoráveis nas diversas cortes estaduais (v.g. no estado de Nova York, a aplicação da desconsideração foi acolhida em 34,91% dos casos em que foi postulado o seu reconhecimento, na Califórnia, em 44,94% e, na Flórida, em 41,30% dos casos), e indica a aceitação dos fatores mais alegados como motivo justificador para a efetivação da desestimação da personalidade societária (v.g. a *instrumentality* foi alegada em 75 casos, sendo aceita em 73 deles, o que representa 97,33%, a *alter ego* alegada em 181 casos, e acolhida em 173, num percentual de 95,58%, a *misrepresentation*, alegada em 169 casos, e acolhida em 159, num percentual de 94,08%, a *agency*, alegada em 52 casos, e acolhida em 48, num percentual de 92,31%, a *dummy*, alegada em 78 casos, e acolhida em 70, num percentual de 89,74%, e a *undercapitalization* foi alegada em 120 casos, e acolhida em 88, num percentual de 73,33%) – "*Piercing the corporate veil: a empirical study*", *Cornell Law Review*, v. 76, jul/1991, p. 1036-1073.

de meio século depois do caso *Bank of United States v. Deveaux*. Nesse caso, Aaron Salomom, que havia se dedicado durante alguns anos a atividade de tratamento de peles e a manufatura de botas, decidiu constituir uma sociedade que adquirisse o seu negócio. Essa sociedade era formada pelo próprio Aaron Salomom e por outros seis membros de sua família, com a subscrição de 20.000 ações, atribuindo-se apenas uma ação para cada um dos seus outros seis sócios e mantendo-se as demais em poder de seu fundador. Após a constituição da sociedade, o estabelecimento de Aaron Salomon foi repassado a esta, através do comprometimento de pagamento no valor de trinta e oito mil libras. O negócio prosperou e quando a sociedade foi liquidada, um ano após, seu passivo excedia o ativo em sete mil setecentos e trinta e três libras. O liquidante, representando os credores não privilegiados da sociedade, alegou que esta nada mais era do que uma ficção destinada a limitar as dívidas de seu sócio majoritário, de forma que este deveria ser obrigado a satisfazer as dívidas da sociedade e seu crédito deveria ser preterido em relação aos demais credores sociais. O juiz de primeiro grau e a Corte de Apelação desconsideraram a personalidade jurídica dessa Companhia, considerando-a uma extensão da atividade individual de seu sócio controlador, ou seja, uma *agent* ou *trustee* de Aaron Salomon, o qual continuava a ser o proprietário do estabelecimento que falsamente transferira à sociedade. Carmem Boldó Roda, ao tecer comentários a essa decisão, refere que o juiz Vangham Williams, que realizou o julgamento de primeiro grau, valeu-se da seguinte argumentação: “*parece sin embargo que cuando uno considera el hecho de que esos accionistas eran meros testaferros de Mr. Salomon, que éste obtuvo la totalidad de las ganancias y que su intención fue obtener lucro sin correr el riesgo de deudas y gastos, uno debe considerar también la posición de los acreedores no privilegiados cuyos créditos ascienden a 11.000 libras. Como he señalado, la sociedad era un mero testaferro de Mr. Salomon y así deseo, si puedo, fallar en este caso exactamente sobre las mismas bases que lo haría si el testaferro, en lugar de ser una sociedad hubiese sido algún sirviente o agente al cual Mr. Salomon dio a entender vender su negocio*”⁶. O Tribunal de segundo grau chegou à mesma conclusão, mas utilizou-se de argumento diverso, sustentando que os *Companies Acts* buscam conferir o privilégio da responsabilidade limitada somente aos verdadeiros acionistas que realmente contribuíram para a

6 *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 2ª ed., Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997, p. 115.

formação do capital da empresa e não a quem é, na realidade, o único proprietário do negócio e que apenas cumpriu formalmente com os requisitos constitutivos da sociedade.

Desse julgamento destacam-se as atuações dos juízes Lopes e Lindley: o primeiro argumentou que *“nunca se trato de que para que se constituyese una sociedad bastasse una persona sustancial y varios testafierros (dummies) de dicha persona, sin ningún interés real en la sociedad. La ley contemplaba la fundación por siete miembros independientes y de buena fe con capacidad y voluntad por sí mismos, que no fueron unas meras marionetas de un individuo que, adoptando la maquinaria de la ley, llevase a cabo un negocio de la misma forma que antes, cuando era comerciante individual”*; e o segundo referiu: *“no iré tan lejos como para decir que los acreedores de la sociedad puedan demandarle (a Salomon). En mi opinión, éste sólo puede verse involucrado a través de la sociedad. Además la responsabilidad de Mr. Aaron Salomon de indemnizar a la sociedad en este caso es, desde mi punto de vista, la consecuencia legal de la formación de la sociedad para conseguir un resultado no permitido por la ley. La responsabilidad no surge simplemente del hecho de que detentase casi todas las acciones de la compañía (...) su responsabilidad descansa en el propósito para el que él constituyó la sociedad, la forma en que la constituyó y el uso que hizo de ella.*

Assim, embora o tribunal tivesse que reconhecer a constituição da companhia, condenou Aaron Salomon a contribuir para com o ativo da sociedade, de forma que os credores sociais pudessem ter satisfeitos os seus créditos. Então, o liquidante arrecadou bens pessoais do fundador da sociedade, Aaron Salomon. Mas, além de ser posterior ao *leading case* da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, essa decisão não se manteve, sendo reformada pela *House of Lords*, que entendeu ser a Companhia validamente constituída e que Salomon era seu credor privilegiado por ter-lhe vendido o estabelecimento e recebido, por isso, obrigações garantidas por hipoteca. Esse tribunal considerou o propósito de Aaron Salomon ao criar a sociedade ou a forma como esta foi constituída (razões propostas pelo Tribunal de Apelação), mas não a possibilidade de a sociedade ser tratada como um *agente* de seu sócio majoritário (tese do julgador de primeiro grau).

Na decisão, Lord Halsbury argumentou: *“confieso que me parece que ese estudioso juez se ve envuelto en su argumento en una contradic-*

ción muy singular, tanto si la sociedad fuera persona jurídica como si no. Si lo fuera, el negocio le correspondería a ella y no a Salomon. Si no, no habría ni persona ni agente en absoluto". Lord Herchell, por sua vez, ressaltou que "en un sentido popular, la sociedad debe llevar a cabo el negocio para y a causa de los accionistas. Pero esto, ciertamente, no constituye, desde el punto de vista legal, la relación entre el principal y el agente, ni hace a los accionistas responsables de indemnizar a la sociedad por las deudas en las que ésta incurre". E, por fim, Lord MacNaughten observou: "la sociedad es para la ley una solución diferente de aquellos que firman el acta de constitución y aunque pudiera ser que después de la constitución el negocio sea exactamente el mismo que antes y las mismas personas sean los directivos, y reciban los beneficios las mismas manos, la sociedad ya no es, en Derecho, el agente de los socios fundadores, ni un testaferro de éstos. Los socios fundadores no son responsables bajo ningún concepto, salvo en la extensión y en la forma señalada en el Act".

O julgamento do caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* deu origem ao chamado *salomon principle*, que ainda hoje orienta decisões do sistema da *common law*⁷.

Note-se que no sistema jurídico inglês as decisões tomadas pela *House of Lords* constituem precedentes obrigatórios, que devem ser seguidos por todas as jurisdições, embora tal regra tenha se tornado mais flexível a partir do século passado⁸. Menezes Cordeiro, comparando o sistema anglo-saxão com o continental, aponta que: *"deve-se esclarecer-se que a personalidade colectiva tem, nos espaços jurídicos anglo-saxões, uma acutilância conceitual menor do que a apresentada no Continente. O levantamento é, neles, pois, relativamente mais fácil"*⁹.

No modelo da *civil law* a estruturação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é atribuída à Rolf Serick, que sistematizou a doutrina no direito germânico por meio de tese defendida perante a Universidade de Tubigen, em 1953, publicada posteriormente sob o título **Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles**¹⁰, que foi acom-

7 Phillip Lipton informa que *since the 1970s, the approach of the English courts has been to see the Salomon principle as sacrosanct and so central to the structure and fabric of company law* ("The mythology of Salomon's case and the Law dealing with the tort liabilities of corporate groups: an historical perspective", *Monash University Law Review*, v. 40, n. 2, 2014, p. 480).

8 Victoria Iturralde Sesma, *El Precedente en el Common Law*, Madri: Civitas, 1995, p. 49 e seg.

9 **Responsabilidade civil dos administradores**, Coimbra: Almedina, 1997, p. 323.

10 **Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles**, tradução J. Puig Brutau, Barcelona: Ediciones Ariel, 1958. Fábio Ulhoa Coelho explica que Rolf Sérick sintetizou a sua formulação em quatro princípios: (a) "o juiz, diante do

panhada, na doutrina italiana, do estudo formulado por Piero Verrucoli, **Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law**¹¹.

4. A FORMAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

No direito nacional as primeiras notícias sobre a aplicação da teoria da desconsideração datam de 1955, em julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que, fundado na existência de confusão patrimonial entre sócio e sociedade, afastou o dogma da separação de esferas econômicas entre a entidade e seus membros, responsabilizando o sócio de sociedade dedicada ao ramo empresarial que se valeu da personalidade da entidade para adquirir bens de uso doméstico¹².

No âmbito acadêmico nacional, o pioneirismo no estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é atribuído ao jurista Rubens Requião, que, em 1969, proferiu conferência sobre o tema na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, a qual teve versão escrita publicada sob o título "Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)"¹³. A esse trabalho se sucederam dois estudos atualmente considerados clássicos na abordagem do assunto. Em 1976, Fábio Konder Comparato publicou a obra **Poder de controle na sociedade anônima**¹⁴ e, em 1979, Lamartine Corrêa de Oliveira editou ensaio intitulado **A dupla crise da pessoa jurídica**¹⁵.

Na seara legislativa, o pioneirismo na positivação do tema é atribuído à legislação consumerista, no que foi seguida de algumas leis especiais.

abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica"; (b) "não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos"; (c) "aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre a capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em consideração as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica"; (d) "se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para a aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes" - Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa, v. 2, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-60.

11 **Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law**, Milano: Giuffrè, 1964.

12 Ap. civil nº 9.247, j. em nov/1955, RT v. 238, p. 393-395.

13 **Revista dos Tribunais**, v. 410, p. 12-24, dez/1969.

14 **Poder de controle na sociedade anônima**, São Paulo: RT, 1976. Esta obra conta com edição atualizada por Calisto Salomão Filho (**O poder de controle na sociedade anônima** 6ª ed., São Paulo: RT, 2014).

15 **A dupla crise da pessoa jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1979.

O Código de Defesa do Consumidor normatizou a teoria da desconsideração no artigo 28, dispondo: *“O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”*. No § 5º desse dispositivo é autorizada a aplicação dessa teoria sempre que a sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores¹⁶. Em 1994, a Lei Antitruste – Lei nº 8.884/94, art. 18 – praticamente repetiu a previsão contida no caput do art. 28 da Legislação Consumerista, permitindo a aplicação da teoria da desconsideração na atividade de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica¹⁷. Atualmente, a referida norma encontra-se revogada, tendo sido sucedida pela Lei nº 12.529/2011, que mantém a possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* com instrumento de sanção às práticas de infração à ordem econômica (Art. 34. *A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*)¹⁸.

16 Fábio Ulhoa Coelho, em posicionamento minoritário, propõe interpretação restritiva a este dispositivo da lei consumerista, afirmando: *“deve-se entender o dispositivo em questão (CDC, art. 28, § 5º) como pertinente apenas às sanções impostas ao empresário, por descumprimento de norma protetiva dos consumidores, de caráter não pecuniário, por exemplo, a proibição de fabricação de produto e a suspensão temporária de atividade e fornecimento (CDC, art. 56, V, VI e VII). Se determinado empresário é apenado com essas sanções, e, para furtar-se ao seu cumprimento, constitui sociedade empresária para agir por meio dela, a autonomia da pessoa jurídica pode ser desconsiderada justamente como forma de evitar que a burla aos preceitos da legislação consumerista se realize”* – op. cit., p. 75.

17 Art. 18. *A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”*.

18 Fábio Ulhoa Coelho oferece didática exemplificação de hipótese ensejadora da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito da Concorrência e Infração à Ordem Econômica: *“suponhamos que, num determinado segmento de mercado, competem quatro sociedades anônimas, cada qual com a sua própria composição societária. Não há nenhum acionista de uma delas que possua qualquer participação no capital de outra. Imaginemos, então, que o controlador da empresa mais forte, Darcy, proponha aos controladores das concorrentes um acordo, mediante o qual ele passe a ter o direito de escolher seus administradores, e ofereça, em troca, a garantia de rentabilidade mínima da empresa. Quer dizer, se a sociedade não gerar pelo menos determinado patamar de dividendos, Darcy pagará a diferença. Feito o acordo, são escolhidos administradores diferentes para cada companhia. Não há, portanto, venda de ações, permanecendo o mesmo quadro de acionistas de todas as concorrentes. Nesse cenário, considerar as sociedades como pessoas jurídicas distintas, em obediência ao princípio da autonomia, importa identificar, no referido seguimento de mercado, mais de uma sociedade empresária em com-*

A *disregard doctrine* também foi positivada no regramento sobre a responsabilidade ambiental (Lei nº 9.605/95), que, em seu art. 4º, prevê: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Finalmente, a Codificação Civil de 2002 trouxe a cláusula geral da teoria da desconsideração para o direito privado nacional, em seu artigo 50 (“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”)¹⁹. Mais recentemente, a legislação anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) normatizou a desconsideração na seara administrativa, ou seja, independentemente de decisão judicial, prevendo em seu artigo 14 que “A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

Em todas essas disposições, que positivaram a *disregard of the legal entity*, sempre foi preservada a noção de que tal disciplina não visa atingir a extinção da pessoa jurídica, representando, portanto, hipótese de ineficácia episódica do fenômeno da personificação, afastando, tão somente para o caso concreto, as consequências da separação patrimonial, estendendo a responsabilidade por determinados atos aos sócios ou administradores da pessoa jurídica, atingindo, assim, o patrimônio pessoal destes²⁰.

petição. Quer dizer, se há quatro concorrentes, descabe cogitar monopólio. Contudo, é inegável que Darcy, por meio do acordo com os controladores, domina o mercado, podendo, por exemplo, determinar aos administradores que indicou para cada companhia a majoração concertada dos preços, sem riscos da clientela” – op. cit., p. 58.

19 Em relação à análise do art. 50 do Código Civil remetemos o leitor ao nosso estudo “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil”, *Revista de Direito Privado*, nº 10, 2002, p. 69-85.

20 Neste sentido lecionou Rubens Requião (“a *disregard doctrine* não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas e os bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos” – op. cit. p. 14), no que foi seguido por Fábio Konder Comparato (“importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva distinta da pessoa de seus sócios ou componentes. Mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só para o caso concreto”, op. cit. p. 283).

4.1. A cláusula geral da teoria da desconsideração na codificação civil

O art. 50 do Código Civil oferece previsão normativa que representa a cláusula geral sobre o tema da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em nosso sistema jurídico, o que representou, na época de sua inserção em nosso ordenamento positivo, a aurora de novo estágio de seu itinerário.

O texto mantém-se apegado à utilização excepcional da teoria, submetendo-a ao prudente critério do Judiciário. O fenômeno da desconsideração é inserido no plano da eficácia, seguindo o entendimento da melhor doutrina sobre a questão, e há extensão da responsabilidade não somente aos sócios, mas também aos administradores da sociedade.

A codificação civil, ao fixar as balizas de orientação para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito privado, como sanção adequada para punir os casos de abuso da pessoa jurídica, se valeu da técnica da cláusula geral, vinculando-a à presença de fundamentos expressos em conceitos jurídicos indeterminados, que são o *desvio de finalidade* e a *confusão patrimonial*. Nesse compasso, passamos, então, à análise dessas hipóteses.

4.1.1. O desvio de finalidade

O codificador civilista, ao se referir ao *desvio de finalidade* como motivo ensejador do reconhecimento da utilização abusiva da pessoa jurídica, deixou consignada a sua preocupação no sentido de que a pessoa jurídica se mantenha vinculada ao escopo que levou o ordenamento jurídico a lhe atribuir personalidade jurídica. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, nessa linha, aponta a existência de discricionariedade do juiz na aplicação da *disregard doctrine*, explicando que isso “*implica o dever de adotar a melhor solução para que se alcance a finalidade da lei, sendo certo que a pessoa jurídica, como ente distinto dos sócios que a compõem, evidentemente não foi criada com o intuito de permitir que fraudes e simulações alcancem seus objetivos, nem, tampouco, para que se atinjam fins contrários aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico*”²¹.

21 *Op. cit.*, p. 134. A autora complementa, explicando: “*por todas estas razões, cabe ao julgador, no exame do caso concreto, indagar, perquirir as atividades empresariais, bem como a forma e a atuação das empresas, a fim de que, ainda na fase de conhecimento, possa investigar a utilização da pessoa jurídica com finalidades contrárias àquelas para as quais foi criada pelo ordenamento*”.

Os atos e negócios jurídicos encontram a sua justificação, ou seja, sua razão de existência em uma espécie de *causa-fim*, explicada por Francesco Messineo como a função ou finalidade socioeconômica a ser cumprida e que o ordenamento jurídico considera relevante para alcançar os seus objetivos²². Não é diversa a condição da pessoa jurídica, pois, como explica Leandro Javier Caputo, *“puede sustentarse que la causa-fim, desde el punto objetivo, es la constitución de una persona jurídica a través de cuya actuación se obtendrán utilidades, soportando el riesgo o las pérdidas, siendo la causa subjetiva o intención de las partes, el cumplimiento del objeto social”*²³.

A postura legislativa propõe clara vinculação da *disregard doctrine* com a figura do abuso de direito, na própria dicção normativa consignada no art. 187 da codificação civilista, ao dispor: *“También comete ato ilícito o titular de un derecho que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*. Nas palavras de Alexandre Couto Silva, *“o ato abusivo é o mau uso do direito, é um ato legal, porém contrário ao fim do instituto da pessoa jurídica”*²⁴. Na mesma direção é a lição encontrada na doutrina jurídica lusitana, na qual António Menezes Cordeiro é enfático ao afirmar que *“o abuso do instituto da personalidade colectiva é uma situação de abuso de direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, verificada a propósito da actuação do visado, através duma pessoa colectiva”*²⁵.

O exercício da atividade econômica da pessoa jurídica somente se mostra legítimo enquanto vinculado à finalidade que justifica a sua existência como entidade dotada de autonomia econômica e jurídica.

4.1.2. A confusão patrimonial

O Código Civil arrola também como motivo suficiente para justificar a aplicação da teoria da desconsideração as situações de confusão patrimonial, seguindo na esteira da doutrina estrangeira e atendendo a an-

²² *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, El Foro, 1986, p. 110.

²³ *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 95. Na mesma linha é a lição de Joaquín Garrigues, ao afirmar: *“la causa del contrato de sociedad está en la consecución del fin común, es decir, en el ejercicio en común de una actividad económica que da lugar a una ganancia que más tarde ha de dividirse”* (*Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Bogotá: Editorial Themis, 1987, p. 34)

²⁴ *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009, p. 82.

²⁵ *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 123.

seios de doutrinadores pátrios, o que acabou exercendo forte influências nas decisões jurisprudenciais de nossos tribunais.

De acordo com Menezes Cordeiro, a confusão de esferas jurídicas verifica-se quando, por inobservância das regras societárias, ou mesmo por qualquer decorrência objetiva, não fique clara, na prática, a separação entre o patrimônio social e o do sócio ou os dos sócios²⁶.

O direito positivado estabelece uma separação específica entre o patrimônio da entidade personificada e os bens pessoais de cada um de seus membros. Tal limitação é estabelecida, inequivocamente, em benefício dos sócios, aos quais cabe concretizar essa separação formal, tornando-a e mantendo-a efetiva. Ocorre que, em certas situações, os sócios não dão importância à delimitação patrimonial estabelecida formalmente pela legislação, originando uma confusão entre os seus bens pessoais e os pertencentes ao patrimônio societário.

Nesse contexto, devem ser distinguidas duas situações, ou seja, a mistura de sujeitos de responsabilidade e a mistura de massas patrimoniais.

A primeira hipótese tem se mostrado mais comum nos grupos econômicos, em que a mistura de sujeitos de responsabilidade é verificada quando houver a identidade dos membros da administração ou gestão de duas ou mais pessoas jurídicas, quando houver desrespeito às formalidades societárias ou, ainda, pela utilização de uma única sede para a atuação de várias sociedades de responsabilidade, com firmas e ramos de atuação assemelhados, o que pode vir em prejuízo dos credores sociais²⁷. Na doutrina estrangeira, Karsten Schmidt explica que aquele que desejar assegurar a autonomia patrimonial dos sujeitos e a consequente limitação de responsabilidade, não deve utilizar-se apenas de adequado complemento à denominação social, mas também manter a possibilidade de distinção de identidade dos sujeitos de responsabilidade.

Na mistura de patrimônios, as fronteiras da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios tornam-se fluidas, ensejando a perda da responsabilidade limitada de quem lhe dá causa. Tal situação pode apresentar-se em várias configurações, desde a inexistência de separação patrimonial adequada na escrituração social até a situação em que, na prática, os patrimônios de ambos não serem suficientemente diferencia-

²⁶ **Responsabilidade civil dos administradores**, p. 324.

²⁷ *Apud* Pedro Cordeiro, **A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais**, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 103.

dos. Nessas situações, os membros da sociedade não poderão invocar, perante os credores sociais, a sua propriedade sobre objetos que eles próprios classificam alternadamente como seus ou da sociedade²⁸. O jurista argentino Daniel E. Moeremans, ao indicar a confusão patrimonial como um dos casos de aplicação da teoria da desconconsideração, pondera: “*Los miembros de una persona jurídica sólo pueden alegar la limitación de responsabilidad que tiene su base en el principio de división de patrimonios, cuando los mismos respectan dicha división*”²⁹.

A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada também quando ocorre a chamada condução externa, ou seja, situações em que a empresa é controlada por outra. Fábio Konder Comparato aponta a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada como critério fundamental para aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica que ele chama de *externa corporis*, explicando que, sendo a pessoa jurídica nada mais do que uma técnica de separação patrimonial, se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem por que os juízes teriam de respeitá-lo, transformando-o numa regra puramente unilateral³⁰.

28 Luiz Roldão de Freitas Gomes, ao tratar das hipóteses em que o princípio da limitação de responsabilidade dos sócios deve ser mitigado, contempla argumentos referentes à desconconsideração da personalidade jurídica em casos de confusão patrimonial, mencionando que na “determinação de casos não se há, necessariamente, de inferir que não ino corra em responsabilidade em situações outras, posto que não expressamente contempladas na lei, máxime quando venha a auferir proveito dos atos praticados pela sociedade, cuja atuação é moldada a este fim, guiada pela sua vontade, usando-a para a consecução de objetivos individuais, com ela se identificando, de tal a ser por ele nominada, confundindo-se os patrimônios, promiscuos os negócios sociais e dele, o sócio. Em situações tais, se se revela insuficiente o patrimônio da sociedade a responder por obrigações contraídas no evidente interesse do sócio que a controla e dirige soberanamente, de tal sorte que, inadimplidas, impliquem injusto e intoleroado prejuízo a credores, que levaram em conta, de boa-fé, ao vincularem-se, a pessoa e bens do sócio que surgia como o senhor, beneficiário e garante do negócio, hão aqueles de poder dirigir-se contra os bens do sócio, *ut singuli*, independente da forma societária e, nas sociedades de quotas de responsabilidade limitada, a despeito da integralização da respectiva participação social” - grifamos (“Desconconsideração da personalidade jurídica”. **O direito**. 1990. v. 1, p. 8).

29 “*Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del ‘Disregard of the Legal Entity’*”. **Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones**, v. 22, n. 131, out/1989, p. 720. O autor refere que “*cuando el patrimonio de los socios no puede ser distinguido del patrimonio de la sociedad, se habla de una confusión de patrimonios (Vermögensvermengung)*. Cuando, en cambio, la división de la persona jurídica y de sus miembros no se puede distinguir exteriormente, se habla de confusión de esfera (Sphärenvermischung). Este último caso se presenta cuando, por ej., el nombre, la organización (libros, cuenta bancaria y bienes patrimoniales), la imputación patrimonial o las formalidades societarias no son cumplidas, y, por lo tanto, no se puede reconocer si se está en presencia de un acto societario o de los socios. En tal caso, no pueden alegar los socios que ellos son propietarios de los bienes que aparecen como sociales, o afirmar este carácter cuando aparecen como bienes privados”. Entendemos despidiendi esta diferenciação apresentada pelo autor, pois, em ambas as situações identificadas - confusão de patrimônios e confusão de esferas -, poderá haver a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica do ente societário e não poderão os sócios valer-se da oposição do dogma da separação patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e os de seus membros.

30 **O poder de controle na sociedade anônima**, 6ª ed., atualizada por Calixto Salomão Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 450. Este autor informa que outro critério utilizado na Europa e nos Estados Unidos, para desconsiderar a

Cabe anotar que a ocorrência de certa confusão patrimonial entre as empresas do mesmo grupo econômico é praticamente inevitável e irá ocorrer em maior ou menor grau, pois está ínsita no próprio sentido da atuação econômica conjunta³¹. Na lição expressada por João Pedro Scallilli, “no grupo econômico de subordinação, as sociedades controladas perdem grande parte de sua autonomia de gestão empresarial em função da persecução do interesse geral do grupo”, acrescentando: “essa perda de autonomia de gestão tende quase que inexoravelmente por se traduzir em perda de autonomia patrimonial, haja vista que os patrimônios sociais tendem a se confundir”³². Assim, existirá permanentemente uma tensão que caracterizará esta questão no sentido de estimular ou não a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no grupo econômico, que terá de ser solucionada, em cada caso concreto, pelo julgador. No sistema brasileiro, as empresas componentes do mesmo grupo não possuem, como regra geral, responsabilidade solidária pelos débitos assumidos pelas demais empresas do grupo, de forma que essa tensão se torna ainda mais latente.

4.2. A teoria maior e teoria menor na temática da desconsideração da personalidade jurídica

O mosaico referente à normatização da doutrina da desconsideração propiciou a consolidação de duas teorias propostas por Fábio Ulhoa Coelho para sistematização do tema³³. Na visão deste autor há duas possibilidades de efetivação da *disregard doctrine*, chamadas de *teoria maior e menor*.

autonomia da pessoa jurídica de sociedades componentes de um grupo econômico, é o da confusão aparente de personalidades. O autor explica que “*não apenas a confusão interna - isto é, quando os administradores são comuns, as assembleias gerais reúnem-se no mesmo local e, praticamente, no mesmo horário; as empresas possuem departamentos unificados e os empregados recebem ordens, indistintamente, de várias administrações, não sabendo ao certo para quem trabalham - mas também a confusão externa, ou seja, a sua apresentação perante terceiros*”. O autor cita como exemplo uma decisão do Corte de Cassação Francesa, de 1929, em que foi reconhecida a confusão patrimonial, com a consequente extensão da responsabilidade pelos débitos de uma sociedade a outra, considerando o fato de as duas sociedades possuírem razões sociais praticamente idênticas, a mesma sede social, mesmas sucursais, mesmo número de telefone e mesma assinatura em sua correspondência” (p. 497-498).

31 Fábio Konder Comparato explica que “*o interesse individual de uma sociedade é sempre subordinado ao interesse geral do complexo de empresas agrupadas. Com isso, são praticamente inevitáveis as transferências de um ativo de uma sociedade à outra, ou uma distribuição proporcional de custos e prejuízos entre todas elas. O dilema do direito tradicional é, pois, muito claro: ou se aplicam, rigidamente, as normas editadas para o funcionamento de uma sociedade isolada, tornando ilegal ou abusiva essa confusão patrimonial, e condenando, portanto, o grupo econômico a uma vida à margem da norma jurídica; ou, ao contrário, suspende-se, completamente, a aplicação dessas normas, e, em consequência, os interesses, tanto dos não controladores quanto dos terceiros credores, ficam ao desamparo*” (op. cit., p. 499).

32 **Confusão patrimonial no direito societário**, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 144.

33 **Desconsideração da personalidade jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Curiosamente, a referência à teoria maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica foi, posteriormente, abandonada pelo próprio jurista Fábio Ulhoa Coelho, responsável pela sua formulação e divulgação no âmbito acadêmico, o qual chegou a consignar: “em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria de desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de ‘teoria menor’, reservando à correta a expressão ‘teoria maior’. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de ‘maior’ e ‘menor’ mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados”³⁴. Porém, tal formulação parece ter alçado vida própria, e continua sendo corrente tanto em nível doutrinário como pretoriano.

A primeira espécie de concepção sobre a aplicação da *disregard doctrine* não se contenta com a mera insolvência patrimonial da pessoa jurídica para que se busque a responsabilidade pessoal dos seus membros ou administradores, impondo também a necessidade de existência de abuso na utilização da entidade personificada. A sua incidência é verificada na aplicação das disposições constantes do art. 50 do CC, 28, *caput*, do CDC, e da legislação antitruste. A *teoria menor*, por sua vez, autoriza o levantamento do véu que encobre a entidade pela mera verificação de insolvência da pessoa jurídica que vier a ocasionar prejuízos à realização dos direitos dos credores. Nessa modalidade a análise da ocorrência de conduta abusiva na utilização do ente personificado é despidianda. Essa versão é efetivada na aplicação da previsão constante do § 5º do art. 28 do CDC e do regramento sobre de responsabilidade ambiental. Em relação a essa última, Alexandre Freitas Câmara explica pontualmente que “nos processos que versem sobre matéria ambiental o único requisito para a desconsideração da personalidade jurídica é que a sociedade não tenha patrimônio suficiente para assegurar a reparação do dano ambiental a que tenha causado, permitida, assim, a extensão da responsabilidade patrimonial do sócio (ou vice-versa, no caso de desconsideração inversa), pouco importando se houve dolo, fraude, má-fé

34 **Curso de Direito Comercial:** Direito de Empresa, v. 2, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70. Na mesma linha, Alexandre Couto Silva argumenta: “entretanto, deve-se entender que tal distinção não parece ser a mais adequada, pois a teoria menor, menos elaborada, amplia os casos em que caberia a desconsideração da personalidade jurídica para o simples prejuízo do credor, o que na verdade, acabaria por destruir o instituto da pessoa jurídica. A teoria menor, desta forma, não pode ser aplicada indiscriminadamente em detrimento ao instituto da pessoa jurídica, devendo ser rejeitada pelos doutrinadores e pelo judiciário. De outro lado, a teoria maior (mais elaborada) corresponde ao verdadeiro objetivo da criação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ao se fundamentar na existência da fraude ou do abuso de direito para que se possa atingir a personalidade jurídica dos sócios” (op. cit., p. 139).

ou qualquer outra forma de se qualificar a intenção de quem praticou o ato poluidor”³⁵.

A autonomia e, por conseguinte, o convívio dessas teorias sobre a aplicação da *disregard doctrine* em nosso sistema jurídico foi ratificada tanto nas Jornadas de Direito Civil quanto nas Jornadas de Direito Comercial. Na primeira, o enunciado nº 51 conclui que: “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – **disregard doctrine** – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”. Na Jornada da disciplina mercantil foi publicado o enunciado nº 9, dispondo: *Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código*

35 Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 427. O *SJT* já teve oportunidade de manifestar simpatia à existência sobre estas duas formas de compreensão sobre a aplicação da **disregard doctrine** em diversas ocasiões, dentre as quais pode ser colocada em destaque aresto bastante conhecido proferido no julgamento sobre a responsabilidade decorrente de explosão ocorrida em Shopping Center na cidade de Osasco-SP, assim ementado: “Responsabilidade civil e Direito do Consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da Ordem Econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se aqui, para além da prova da insolvência, ou a demonstração do desvio de finalidade (teria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência deste dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no **caput** do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos não conhecidos” – STJ, REsp 279.273/SP, rel. Min. Ari Pargendler, 3º T., rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, Dje. 29.03.2004. Mais recentemente, mantendo-se vinculado à teoria menor aplicável ao direito do consumidor: “Agravo regimental no recurso especial. Ação de indenização por ato ilícito. Inscrição indevida. Dano moral. Cumprimento de sentença. Insolvência da pessoa jurídica. Desconsideração da personalidade jurídica. Art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade. Precedentes do STJ. Decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial. Insurgência. 1. É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária – acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente, no Direito do Consumidor – bastando, para tanto, a mera prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, é o suficiente para se ‘levantar o véu’ da personalidade jurídica da sociedade empresária Precedentes do STJ: REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 12/9/2011; (Resp 279.273, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, 29.3.2004; REsp 1111153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje de 04/02/2013; REsp 63981/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Rel. p/acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Dje de 20/11/2000. 2. “No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da **disregard doctrine**, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária” (REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Dje 12/9/2011). 3. Agravo regimental desprovido – 4ª T., AgRgREsp 1106072/MS, rel. Min. Marco Buzzi, j. em 02/09/2014.

Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5º, do CDC ou ao art. 2º, § 2º, da CLT³⁶.

5. A PROCESSUALIZAÇÃO DA *DISREGARD DOCTRINE* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passa a experimentar um novo capítulo de sua trajetória no cenário do direito nacional.

No esquadro oportunizado pelo sistema jurídico instaurado pela nova codificação processual, haverá duas maneiras de levar a juízo o debate sobre a presença dos requisitos ensejadores da aplicação da teoria da desconsideração: o pedido originário e o incidental³⁷.

A inovação é de extrema importância e representa verdadeira obra histórica no percurso que vem sendo trilhado pela *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* no âmbito do direito interno. Com essa atitude, o legislador processual preenche lamentável lacuna que vinha acompanhando as discussões sobre a forma adequada de tratar processualmente a prática de atos de abuso da personalidade jurídica e suas consequências.

O tema será enfrentado de maneira *originária* quando o pedido de aplicação da *disregard of the legal entity* já é apresentado no momento

36 Há uma série de outros enunciados nas Jornadas de Direito Civil destinados ao tema *da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Vejamos: enunciado nº 7 – art. 50: Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido; enunciado nº 146 – art. 50: *Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)*; enunciado nº 281 – art. 50: *A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica*; enunciado nº 282 – art. 50: *O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica*; enunciado nº 283 – art. 50: *É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros*; enunciado nº 284 – art. 50: *As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica*; enunciado nº 285 – art. 50: *A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor*.

37 De forma bastante peculiar Fredie Didier Jr. aponta a existência de uma terceira via para a provocação do debate judicial visando à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, lecionado que “*é possível formular pedido autônomo de desconsideração da personalidade jurídica, sem que seja cumulado com nenhum outro*”, explicando: “*neste caso, o autor propõe a demanda originariamente contra aquele a quem imputa a prática de uso abusivo da personalidade jurídica e em cujo patrimônio pretende buscar a responsabilidade patrimonial – não haverá litisconsórcio nem cumulação de pedidos*” (*Curso de Direito Processual Civil*. V. 1, 17ª ed., Salvador: Juspodivum, 2015, p. 520). Seguimos pensamento diverso, acreditando que não se mostra viável em nossa sistemática processual a existência de “*demanda autônoma de desconsideração*”.

da propositura da demanda, proporcionando litisconsórcio passivo³⁸ desde o começo do processo³⁹. Nessa hipótese o sócio ou administrador (ou eventualmente a pessoa jurídica, no caso da desconsideração inversa) farão parte do processo desde o seu início, sendo citados para apresentar defesa, e o julgador decidirá tanto sobre a adequação da sua responsabilização quanto sobre o mérito da lide, ou seja, o objeto da demanda. A decisão sobre a desconsideração poderá ocorrer durante o curso do processo, na forma de interlocutória, ou vir inserida no corpo da sentença, ao final do feito.

A alegação poderá advir, também, por meio de incidente processual, colocado na nova codificação como espécie de intervenção de terceiros, disciplinada nos artigos 133 a 137⁴⁰, na condição de técnica de ingresso *forçado* no processo, com aptidão para produzir eventual litisconsórcio passivo posterior, numa ampliação subjetiva da demanda⁴¹.

38 Esta é a orientação adotada pelo Fórum Permanente de Processo Civil, em seu enunciado nº 125, *in verbis*: "Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentalmente no processo".

39 De forma didática Elpidio Donizetti explica: "se o requerimento se der na petição inicial, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para contestar o pedido principal e aquele referente à desconsideração. Por exemplo: A propõe demanda em face de B Ltda., para cobrar determinada quantia. Na petição inicial, A requer, ainda, a desconsideração da pessoa jurídica B Ltda. Ao despachar a inicial, o juiz determina a citação de B Ltda. para, se quiser, contestar o crédito, bem como a citação do sócio de B Ltda. Para se manifestar sobre o pedido de desconsideração. Como se tratam de responsabilidades com fundamentos distintos, a pessoa jurídica e o sócio serão necessariamente citados" – **Novo Código de Processo Civil comentado**, São Paulo: Atlas, 2015, p. 116.

40 Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º. O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

41 Comentando sobre a opção da nova codificação processual, no sentido de inserção do incidente de desconsideração da personalidade jurídica como forma de intervenção de terceiro, Luis Alberto Reichelt anota: "o fato é que, sob o pálio do incidente em questão, o sujeito cujo patrimônio se pretende seja responsabilizado mediante a desconsideração da personalidade jurídica é 'terceiro' quando do início do debate processual. Não é ele autor, pois não é o responsável pelo pleito de tutela jurisdicional, nem é réu, dado que não é em face dele que a tutela jurisdicional foi originariamente solicitada. Com o seu ingresso na relação processual, aquele que originariamente era um terceiro passa a assumir a condição de parte, formando com o réu original um litisconsórcio passivo facultativo unitário" – "A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor", **Revista de Direito do Consumidor**, v. 98, mar-abr, 2015, p. 249.

Tal inovação oferece uma série de vantagens, na medida em permite o debate e a eventual efetivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no próprio procedimento, tornando despicinda a instauração de demanda autônoma ou evitando que sejam negligenciados os postulados que balizam o ideal de realização do *processo justo*.

Até então não havia uniformidade de entendimento sobre a *processualização* da *teoria da desconsideração*, mormente em relação a sua ocorrência durante o processo. Não eram poucos os casos em que os tribunais acolhiam a possibilidade de ampliação da *disregard doctrine* acontecer do curso da demanda, mas desprezando a necessidade de se atender a maiores formalidades prévias, optando por permitir o contraditório diferido, ou seja, postergado para momento posterior ao ato de aplicação do polo passivo. A citação prévia daqueles que seriam atingidos pela ampliação da responsabilidade acabava sendo dispensada, o que colocava em risco a efetivação do ideal de um processo justo, eis que conforme o ditame constitucional, ninguém poderá ser privado de seus bens sem o devido processo legal. Analisando tal postura dos tribunais, Alexandre Freitas Câmara não poupou críticas a essa técnica procedimental equivocada, argumentando que essa prática *“contraria frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro, já que admite a produção de uma decisão que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial”*, explicando: *“ora, se ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, então é absolutamente essencial que se permita àquele que está na iminência de ser privado de um bem que seja chamado a debater no processo se é ou não legítimo que seu patrimônio seja alcançado por força da desconsideração da personalidade jurídica”*⁴².

Por outro lado, não são poucos os precedentes jurisprudenciais em que se verifica a preocupação com o contraditório prévio, como requisito indispensável para a decisão sobre a aplicação incidental da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Daniel Amorim Assumpção Neves, ao apreciar essa inovação procedimental, lembra que a opção já se fazia presente em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que se fundava nos princípios da celeridade e da economia processual, esclarecendo: *“exigir um processo de conhecimento para se chegar à des-*

42 Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 425-27.

consideração da personalidade jurídica atrasaria de forma significativa a satisfação do direito, além de ser claramente um caminho mais complexo que um mero incidente processual na própria execução ou na falência”, concluindo assim que “tais motivos certamente influenciaram o legislador a consagrar a natureza de incidente processual ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica”⁴³.

A novidade da normatização do incidente de desconsideração traz à tona o debate sobre a possibilidade desta ampliação de responsabilidade patrimonial vir a ser efetivada de ofício pelo julgador, sem a necessidade, portanto, de provocação da parte interessada (ou do Ministério Público). Neste aspecto, o *caput* do artigo 133 da nova codificação processual é ratificado pela previsão contida no art. 795, § 4º, dispondo que *“Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”*.

Num primeiro momento, parece bastante sedutora a adoção de raciocínio mais simplista, apegado à estrita dicção legislativa, levando à conclusão de que a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica dependeria, sempre, da postulação da parte, conforme perfilhado no texto da lei. Nessa trilha, seguem Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery, defendendo que *“segundo o CPC 133, o juiz só analisará a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica caso a parte interessada ou o MP requerer a providência. Não pode, pois, aplicar a desconsideração ex officio”⁴⁴.*

Acreditamos que a questão deve ser focada com base na natureza do direito material envolvido na lide, o que nos afasta da aceitação de uma única solução, planejada para todas as matérias, independentemente do objeto envolvido na demanda.

Tomemos como exemplo o direito do consumidor, qualificado por uma série de aspectos especiais que permitem que seja visualizado como disciplina de natureza indisponível, de modo a permitir a sua aplicação de ofício pelo julgador. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII, eleva a defesa do consumidor à condição de Direito Fundamental; e no art. 179, V, coloca a matéria como princípio orientador da Ordem Econômica. No interior da legislação consumerista central, há a indicação do Código de

43 *Novo Código de Processo Civil*: Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Método, 2015, p. 142.

44 *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2015, p. 571. No mesmo sentido é a lição de Fredie Didier Jr. (*op. cit.*, p. 520).

Defesa do Consumidor representar norma *de ordem pública e interesse social* (art. 1º). Na oportunidade em que a legislação consumerista regula a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28), há indicação expressa no sentido de que “*o juiz poderá aplicar a teoria*”. De tudo, há que se concluir que na efetivação da desconsideração da personalidade jurídica nas demandas fundadas na defesa dos direitos do consumidor o juiz poderá instaurar *ex officio* o incidente de desconsideração, tornado despicienda a necessidade de postulação do interessado ou do representante do Ministério Público⁴⁵. Seguindo-se a lição de Luis Alberto Reichelt “*do ponto de vista hermenêutico, tem-se que, na dúvida entre duas ou mais interpretações resultantes do contraste entre o Código de Defesa do Consumidor e o projeto de novo Código de Processo Civil, impõe-se seja sempre adotada aquela que permita ao consumidor obter resultados mais satisfatórios ao seu interesse, sendo vedado o retrocesso*”⁴⁶.

Também é interessante destacar que a nova codificação processual faz referência expressa à chamada desconsideração inversa da personalidade jurídica, que representa derivação da noção tradicional da *disregard doctrine*, e que tem alcançado projeção nos últimos tempos. Como a expressão já indica de plano, nessa hipótese, o ente personificado é utilizado de forma abusiva para acobertar bens e direitos pessoais de seus sócios⁴⁷ – visíveis ou ocultos – sendo utilizada com mais intensidade para

45 Neste sentido é a orientação encontrada de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, argumentando: “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende, em regra, de pedido da parte interessada ou do Ministério Público, quando esse participe do processo. Pode o legislador expressamente excepcionar a necessidade de requerimento para tanto – como o faz, por exemplo, o art. 28, do CDC” – **Curso de Processo Civil**, v. 2, São Paulo: RT, 2015, p. 106.

46 “A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor”, *op. cit.*, p. 247.

47 Sobre a aplicação da teoria da desconsideração inversa há interessante precedente do STJ: Desconsideração inversa. Execução. Ação oposta contra sócio administrador, em que se constata a aquisição de bens de uso particular pela empresa administrada. Finalidade da **disregard doctrine** que é a de combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Interpretação teleológica do CC 50. (...) iii. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigação do sócio controlador. iv. Considerando-se que a finalidade da **disregard doctrine** é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do CC 50, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir os bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. v. A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é reconhecida quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no CC 50. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. vi. A luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular” – STJ, 3ª t., REsp. 948117-MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.06.2010.

resolver lides referentes à partilha patrimonial no direito de família, quando um dos cônjuges ou companheiros, com a intenção de fraudar a futura divisão de bens em relação ao outro membro do casal, realiza transferências patrimoniais para a pessoa jurídica⁴⁸. A aceitação da aplicação desta modalidade de *disregard doctrine* já havia sido consagrada nas Jornadas de Direito Civil, que, por meio do enunciado nº 283, concluiu que: “*é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros*”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio foi elaborado com o único escopo de proporcionar de desenhar, de forma sintética, a trajetória percorrida pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, desde o seu surgimento no contexto do sistema jurídico anglo-saxão, verificando a sua recepção pelo direito interno, e projetando a expectativa sobre a recepção da normatização trazida pela nova codificação processual, preocupada com a aplicação justa da ampliação da responsabilidade para além dos tradicionais limites de comprometimento patrimonial da pessoa jurídica.

Cumprido o percurso, podemos identificar a presença de três grandes momentos que compõem a *história* da teoria da desconsideração no cenário jurídico brasileiro: (a) a fase da recepção pretoriana; (b) a fase da positivação, e (c) a fase do processo justo.

48 No âmbito do Direito de Família, o STJ já decidiu pela aplicação da teoria da desconsideração inversa: “*Direito Civil. Recurso especial. Ação de dissolução de união estável. Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Possibilidade. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Legitimidade ativa. Companheiro lesado pela conduta do sócio. Artigo analisado: 50 DO CC/02. 1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011. 2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta. 3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. 4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva. 5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ. 6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa. 7. Negado provimento ao recurso especial” – REsp nº 1.236.916/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 28.10.2013.*

A primeira etapa do reconhecimento da aplicabilidade da *piercing the corporate veil* decorreu essencialmente do ativismo jurisprudencial, que, num diálogo direto com a doutrina, fincou as bases de sedimentação da sua adequação ao pensamento jurídico nacional, como espécie de antídoto para os mais diversos casos de atualização abusiva da personalidade jurídica. Esse período, que tem início nos albores da década de setenta do século passado, ganhou fôlego a partir do decênio seguinte, onde mesmo desprovida de qualquer base normativa, a teoria da desconsideração alcançou espaço cativo nos debates jurídicos pátrios.

A insegurança da casuística estimulou o legislador a buscar balizas mais seguras para a justificativa da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma que, a partir da publicação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, houve a proliferação de uma série de previsões normativas esparsas, que culminaram com a inserção da cláusula geral do artigo 50 da codificação civil de 2002.

Vencidas essas etapas, passa-se agora a voltar os olhos para a prática da desconsideração da personalidade jurídica dentro do contexto do processo civil. O codificador processual de 2015, verificando que o tema ainda carecia de maior atenção, passou a dispor sobre as formalidades a serem observadas na sua efetivação dentro do processo, pois a normatização de procedimentos representa pilar indispensável para a consolidação do ideal de segurança jurídica e, por consequência, é inevitável num modelo de direito comprometido com o postulado maior do devido processo legal.

Com o presente ensaio, esperamos ter deixado alguma contribuição para a evolução do debate jurídico sobre este tema de especial relevância para o direito atual, que é a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaral, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Bruschi, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

Câmara. Alexandre Freitas. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**, Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015.

Caputo, Leandro Javier. **Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria**, Buenos Aires: Astrea, 2006.

Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa; **Jorge Neto**, Francisco Ferreira. "O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no NCPC e o processo do trabalho", **Revista Eletrônica: O novo CPC e o processo do trabalho**, TRT da 9ª Região, v. 4, nº 44, set/2015.

Coelho, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**, v. 2, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Desconsideração da personalidade jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Comparato, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**, São Paulo: RT, 1976.

_____. **O poder de controle na sociedade anônima** 6ª ed., atualizada por Calixto Salomão Filho, São Paulo: RT, 2014.

Cordeiro, António Menezes Cordeiro, **O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial**, Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Responsabilidade civil dos administradores**, Coimbra: Almedina, 1997.

Dias, Handel Martins, "Análise crítica do Projeto de novo Código de Processo Civil com relação à desconsideração da personalidade jurídica", **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 32, maio-jun/2013, p. 48-76.

Didier, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1, 17ª ed., Salvador: Juspodivum, 2015.

_____. "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica", *in* **Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual**, 2ª ed., coord. Fredie Didier Jr e Rodrigo Mazzei, Salvador: Juspodivum, 2007, p. 159-177.

Donizetti, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**, São Paulo: Atlas, 2015.

Garrigues, Joaquín. **Curso de Derecho Mercantil**, Tomo II, Bogotá: Editorial Themis, 1987.

Gomes, Luiz Roldão de Freitas. "Desconsideração da personalidade jurídica", **O direito**. 1990. v. 1, p. 08.

Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Lipton, Phillip, "*The mythology of Salomon's case and the Law dealing with the tort liabilities of corporate groups: an historical perspective*", **Monash University Law Review**, v. 40, n. 2, 2014, p. 452-487.

Marinoni, Luiz Guilherme; **Arenhart**, Sérgio Cruz; **Mitidiero**, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v. 2, São Paulo: RT, 2015.

Mazzei. Rodrigo. "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Projeto do novo Código de Processo Civil", **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 24, jan-fev/2012, p. 09-40.

Medina, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo: RT, 2015.

Messineo, Francesco. **Doctrina general del contrato**, Buenos Aires, El Foro, 1986.

Moeremans, Daniel E., "*de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del 'Disregard of the Legal Entity.'*" **Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones**, v. 22, n. 131, out/1989, p.713.

Nery Junior. Nelson; **Nery**, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo: RT, 2015.

Neves, Daniel Amorim Assumpção, **Novo Código de Processo Civil: Lei nº 13.105/2015**, São Paulo: Método, 2015.

Oliveira, Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

Reichelt, Luis Alberto, "A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor," **Revista de Direito do Consumidor**, v. 98, São Paulo: RT, mar-abr, 2015, p. 245-259.

Requião, Rubens. "Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)," **Revista dos Tribunais**, v. 410, p. 12-24, dez/1969.

Roda, Carmem Boldó. **Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español**, 2ª ed., Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997.

Scalzilli, João Pedro. **Confusão patrimonial no direito societário**, São Paulo: Quartier Latin. 2015.

Sesma, Victoria Iturralde, **El Precedente en el Common Law**, Madri: Civitas, 1995.

Silva, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da per-**

sonalidade jurídica no Direito Brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

Tartuce, Flávio. **O novo CC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015.

Thompson, Robert B. "*Piercing the corporate veil: a empirical study*, *Cornell Law Review*", v. 76, jul/1991, p. 1036-1073.

Wormser, I. Maurice. "*Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*", edição fac-símile, Washington, D.C., Beardbooks, 2000.

Xavier, José Tadeu Neves, "A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil", **Revista de Direito Privado**, nº 10, 2002, p. 69-85.

A Importância do Desempenho do Advogado no Processo de *Disclosure*

Luiz Felizardo Barroso

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor Jubilado de Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UFRJ. Titular da Advocacia Felizardo Barroso & Associados. Presidente da COBRART Gestão de Ativos e Participações.

Antes de iniciarmos, propriamente, a análise da importância do desempenho do advogado no processo do *disclosure* norte-americano, é preciso que façamos ligeira digressão sobre o termo DISCLOSURE, o que vem a ser, afinal, precisamente um processo de DISCLOSURE através de seu instrumento por excelência: o prospecto.

Disclosure, ainda sem o seu correspondente específico em português, advém do latim medieval *disclaudere*, que significa abrir, expor à vista, sair do invólucro, tornar público ou conhecido, revelar.

O *disclosure*, ou o *full and fair disclosure*, nasceu da necessidade que as autoridades norte-americanas tiveram de afastar para sempre as causas que originaram o craque da bolsa de 1929.

Através do *disclosure* é imposta à sociedade que pretenda abrir seu capital uma revelação completa e sincera dos seus dados empresariais aos seus acionistas, e, mais propriamente, aos seus futuros acionistas, aquelas pessoas que queiram se familiarizar com a companhia para poderem julgar da conveniência ou não de investirem suas economias naquele negócio – enfim a extensão dos riscos a que seu dinheiro estará sujeito, – com a inversão pretendida.

É verdade que o *disclosure* só interessa, só se justifica, mesmo, em relação às grandes empresas:

- Àquelas sociedades cujos bens, e só eles, constituem o penhor comum de seus credores e não os bens de seus sócios ou acionistas.

- Para aquelas empresas que queiram se beneficiar do somatório do potencial financeiro de milhares de pessoas, em um verdadeiro mutirão econômico.

Pessoas essas que não disporão, realmente, de outra defesa de seus capitais empregados, senão a sinceridade dos administradores das respectivas empresas, na hora de tomarem conhecimento de determinado empreendimento, a fim de empregarem suas poupanças, muitas vezes obtidas *com grande sacrifício*.

Pela riqueza de informes que constitui o “*prospecto*”, instrumento do *disclosure*, representa este uma excelente forma de disciplinar as diretorias das empresas, que serão obrigadas a cumprir as metas estabelecidas e a se pautarem dentro do esquema e do programa pelas mesmas traçadas, sob a vigilância dos acionistas, através de seu Conselho de Administração.

1. O PROSPECTO

No PROSPECTO vamos encontrar, por exemplo, o nome das pessoas, ou dos **grupos econômicos**, que realmente controlam a empresa, e informações sobre a existência ou não de empresas **controladas** pelos diretores da companhia de que trata o prospecto.

A descrição e o exame de todas as **atividades** da companhia deverão constar do PROSPECTO que deverá mostrar, ainda, a **posição relativa** da empresa no **mercado**, em confronto com os principais competidores.

O PROSPECTO descreverá, outrossim, os problemas da **mão de obra** de que se utilizará o empreendimento e as relações com seus empregados:

- dissertará a respeito do **estado geral dos negócios** empresariais, com especial ênfase ao montante geral **dos pedidos**, e à **capacidade de atendimento** da demanda do mercado;

- discriminará as fontes de **matéria-prima** e as facilidades ou não de sua obtenção;

- descreverá os **bens imóveis** e os outros valores pertencentes à empresa, nos quais se materializa o direito dos acionistas representado pelas ações possuídas;

- analisará o mercado e as possibilidades atuais para a colocação dos valores **mobiliários de emissão** da companhia, tais como ações, debentures, partes beneficiárias etc;

- discriminará os **salários e as comissões** que foram pagos aos membros do conselho de administração e os diretores executivos e sua percentagem em relação aos dividendos distribuídos aos acionistas;

- permitirá, enfim, o conhecimento real e objetivo do estado presente e das perspectivas de desenvolvimento da sociedade e o destino que **será** dado aos recursos que serão **obtidos** com a **colocação no mercado dos títulos a serem lançados**.

Investidor se capta é com *disclosure*. Um dos maiores empecilhos à aquisição de ações de empresas brasileiras por estrangeiras é a falta de abertura à sociedade dos dados empresariais de nossas companhias ao conhecimento dos investidores de além-mar, segundo depoimento de vários banqueiros estrangeiros.

O objetivo, pois, do *full and fair disclosure* é o de fornecer informações perfeitas, adequadas e sinceras que permitam os investidores, diretamente ou por intermédio de analistas, decidir com pleno conhecimento de causa onde vão aplicar suas economias e até que ponto se arriscarão ao fazê-lo.

Informações perfeitas, adequadas e sinceras para aquelas pessoas que queiram se familiarizar com determinada companhia, de modo a que possam avaliar os riscos envolvidos em uma operação de investimentos.

2. A PERFORMANCE DO ADVOGADO NORTE-AMERICANO

A esta altura do trabalho já podemos dizer que nos Estados Unidos a responsabilidade pela confecção do PROSPECTO, peça básica para o ingresso em um processo de abertura de capital de determinada empresa no *Securities Exchange Commission*, é exclusivamente do advogado, do profissional do direito, com especialização em *securities*.

E pudemos verificar, em uma visita que fizemos aos Estados Unidos, que o advogado de empresa norte-americano tem **assumido cada vez mais um enorme papel na preparação da declaração** de registro de títulos no S.E.C.

Não existem propriamente **imperativos legais** dizendo **que o advogado deva fazer isto ou aquilo** em um processo de registro, salvo a regra disciplinar 7.102-B, que mencionaremos a seguir.

Mas o fato é que, como são eles os responsáveis pelo processo e, portanto, serão responsabilizados por suas imperfeições, tomaram eles

a si a **realização de muitas tarefas parciais**, de cuja realização perfeita, contudo, depende a qualidade de seu trabalho global.

É o que nos Estados Unidos impera a noção do poderio da palavra do advogado, a tal ponto que um juiz chegou a afirmar, dentro de um contexto econômico-financeiro, e em tom de blague, é claro, que, em nossa sociedade tão complexa, uma opinião **“insincera emitida pelo advogado é um instrumento capaz de causar maiores danos pecuniários que a chave falsa ou o pé de cabra.”**

Tudo isto para explicar por vias transversas, seguramente, que a melhor forma de o advogado proteger seu cliente é fazendo um bom, sincero e honesto trabalho profissional.

Na formação de uma companhia pelo advogado, o que vale não é a **vontade ou a disposição de revelar todas as informações quando, porventura**, sejam elas solicitadas, mas a estreita observância da lei que manda sejam os dados revelados e publicados, desde o início do processo.

Para poder manter a concorrência no mercado profissional, o advogado norte-americano vai aceitando cada vez maiores **responsabilidades**, vendo, por outro lado, **minguar sua remuneração, pois os órgãos reguladores apertam cada vez mais os custos de implantação, inclusive da assessoria geral.**

Nada obstante, um advogado recém-formado, com especialização no mercado de capitais norte-americano, pode auferir, nos grandes centros, uma boa remuneração.

Cada vez um número **maior de profissionais do direito nos Estados Unidos se dedica mais a preparar ofertas públicas** de títulos particulares do que de títulos públicos.

As ofertas de caráter público ocorrem para o advogado, geralmente, segundo duas modalidades: o **antigo cliente**, a quem o advogado vem representando de forma continuada e que, possuindo uma empresa de capital fechado, procura o advogado para abrir o seu capital, ou então, é o **cliente de primeira vez que, recomendado ou não, deseja** contratar os serviços profissionais do advogado para abrir o capital de sua empresa.

Ambas as hipóteses têm que ser encaradas diferentemente. Para a segunda hipótese, ao novo cliente é submetido um formulário para a **entrevista inicial, formulário este** que tem em mira obter todas as **infor-**

mações preliminares possíveis, no mais breve espaço de tempo, já que o advogado norte-americano tem bem presente que a única coisa que ele tem para **vender é o seu tempo** profissional, que, economizado, poderá ser dedicado a assuntos mais importantes, aumentando a qualidade e diminuindo seus custos, com reais benefícios para o cliente.

Todas as pessoas presentes à **reunião preliminar** de contratação dos serviços profissionais do advogado devem ser qualificadas, sendo avaliado o grau de influência de cada uma delas na empresa.

É de suma importância a recomendação recebida, assim como o grau de **honorabilidade pessoal de cada um dos dirigentes da empresa** contratante, da mesma forma que sua idoneidade moral-financeira, como de resto, aliás, na assunção do patrocínio de qualquer causa.

É importante, também, saber, desde logo, quando foi a **companhia organizada**, se **possui filiais** e qual a **natureza** dessas **subsidiárias**.

De não menos importância é o conhecimento dos demais profissionais que assessoram a empresa, como, por exemplo, a **firma de contabilidade**: de quem se trata e desde quando está cuidando da contabilização dos dados empresariais.

Deve ser esclarecido também se houve contato **preliminar** com um **Banco de Investimento** ou com um *underwriter* e, em caso **positivo**, que **condições de trabalho foram acertadas**:

- quanto vai custar para a companhia a sua conversão em uma entidade de capital aberto; como está elaborado o respectivo cronograma; se em bases realistas ou não;

- dentro do custo operacional do lançamento, quanto caberá ao advogado e qual a soma que será paga adiantadamente, pois *“a capacidade de trabalho aumenta se o profissional já tiver recebido uma boa soma antecipadamente”*, afirmam realística e um pouco duramente os advogados norte-americanos.

A impressão dos PROSPECTOS é algo muito importante nos Estados Unidos, como de resto em qualquer outro país, pois é por intermédio dela que a companhia se apresenta ao seu público.

A impressão em alguns casos chega a ser mais cara que os próprios honorários do advogado, que, por isso mesmo, deixa a cargo do próprio cliente a escolha da gráfica impressora, dentre várias de uma lista pelo profissional apresentada.

O estabelecimento dos níveis de comunicação com o cliente é algo também muito importante, porque certos informes nem o próprio presidente da Companhia os saberá dar e nem sempre estará disponível para tanto.

Um levantamento cadastral dos bens da empresa, para saber se estão livres e desembaraçados, assim como a situação dos contratos de locação dos demais imóveis, é altamente recomendável.

Saber, por exemplo, **se a empresa está quites com todos os impostos e taxas, se está em dia com as determinações das autoridades de que dependem as suas atividades, se os alvarás estão em dia e tudo o mais**.

É lícito recorrer ao advogado da entidade de classe, à qual pertence a empresa, a fim de dispor de um aconselhamento mais específico.

A verificação **dos livros e arquivos do cliente é muito importante, pois são raras as vezes em que o livro de atas está em dia**.

Quais foram os métodos contábeis usados, é outra indagação que é feita pelo advogado. Escolhidos pela **companhia determinados princípios que orientarão a feitura de seus balanços, convém adotá-los para sempre**. Em havendo imperiosa necessidade de mudá-los, **convém dar publicidade cabal a esta troca**.

A participação do advogado na confecção do PROSPECTO, sua chancela profissional é tão importante que sobre ela foram escritos vários artigos, sendo o mais conhecido o que foi publicado na revista **Review of Securities Regulations**, sob o nome "*Counselor's name in a Prospectus*" ("O Nome do Advogado num Prospecto").

Mas o que mais impressiona no trabalho do advogado no mercado de capitais norte-americano é o sentido do interesse **público em jogo**, quando do exercício de sua profissão.

Não obstante ser contratado por determinada entidade privada, o advogado norte-americano é, antes de mais nada, um defensor do público a quem se dirige o seu trabalho; público este que irá investir suas economias na empresa, cujo PROSPECTO, ele, advogado, elaborou e chancelou.

Tanto isto é verdade que existe uma regra disciplinar, a de número 7.102-B, que assim estatui:

"O advogado que recebe informação segundo a qual fica claramente evidenciado que o seu cliente perpetrou uma fraude

contra uma pessoa ou autoridade judiciária, deve, imediatamente, chamar seu cliente para retificar o que tiver sido mal feito, e se o cliente se recusa, ou é incapaz de fazê-lo, deve o causídico denunciar a fraude à pessoa prejudicada ou ao tribunal atingido”.

Isto em verdade é algo a que não estamos acostumados, mas que significa, a nosso ver, o ônus da importância, do prestígio que o profissional do direito desfruta no mercado de capitais norte-americano.

A importância do papel do advogado no processo de *disclosure* não se faz sentir, hoje, apenas na abertura do capital das empresas com a colocação de suas ações no mercado, ou na venda de suas debentures, captando poupanças públicas, entendidas estas como as pertencentes a particulares, seu público investidor.

Por importar, igualmente, captação de poupanças públicas, a transformação de uma empresa em franquidora vai requerer o trabalho de um advogado expert em Direito Empresarial, atento ao princípio do(s) *disclosure(s)*, pois terá que elaborar a Circular de Oferta de Franquia (COF), “prima-irmã” do prospecto, a qual demandará para sua feitura os mesmos conhecimentos especializados, a mesma expertise e os mesmos cuidados requeridos para a elaboração do prospecto, como, aliás, vimos no decorrer deste ensaio.

Isto porque o público investidor merece toda a proteção do sistema legal vigente, já que investir em ações, debentures (as quais, mais tarde, poderão ser transformadas em ações) e em *franchising*, como franqueados, importa o movimento de democratização do capital; investimento, portanto, nada egoístico, já que contribui eficazmente e de modo sadio para o desenvolvimento econômico do país, bem como para a criação direta e indiretamente de muito novos postos de trabalho assalariado ou não, além da arrecadação de impostos.

3. A POSIÇÃO ATUAL E FUTURA DO ADVOGADO NO MERCADO BRASILEIRO DE CAPITAIS E DE *FRANCHISING*

No Brasil, em verdade, e infelizmente, a participação preventiva do advogado empresarial ainda é muito pequena no Mercado de Capitais.

Excetuados alguns poucos casos de grandes lançamentos, quando o assessoramento jurídico é solicitado – todavia, mais para a parte fiscal

– o que se vê é o cliente procurar um Banco de Investimento ou uma Corretora e estes prepararem todo o lançamento no seu Departamento Técnico, do qual não faz parte, necessariamente, o profissional do direito, e perpretarem a oferta pública, sem antes solicitar o parecer do advogado.

Na parte contenciosa, no sentido da repressão de certos abusos da maioria acionária, tendo havido alguma interveniência de advogados como, por exemplo, no caso da compra do Banco da Bahia pelo Bradesco, e no caso da criação de ações preferenciais da Companhia Ferro Brasileiro, quando um grupo de acionistas deu procuração ao Departamento Jurídico da Bolsa de Valores de Minas Gerais para o ingresso com uma ação no valor de três milhões de cruzeiros, correspondentes ao montante patrimonial das ações dos acionistas minoritários dissidentes.

Nada obstante, as oportunidades de trabalho para o advogado junto ao Mercado de Capitais do Brasil são realmente promissoras.

Hoje, essas oportunidades se resumem, quase que exclusivamente, ao vínculo empregatício com instituições financeiras, em que pese a noção errônea que tem o empresário brasileiro de só conceber a atividade do advogado quase que exclusivamente como repressiva, esquecendo-se de sua atividade preventiva, altamente construtiva.

Há, ainda, a posição do advogado diretor da empresa financeira, que, no exercício do cargo de diretor jurídico ou simplesmente superintendendo o Departamento Jurídico, pode realmente desempenhar uma função consultiva e preventiva, simultaneamente.

4. CONCLUSÃO

Toda esta situação de uma maior preocupação com a preparação do profissional do direito para o mercado de capitais e de *franchising* não é culpa de ninguém, ou é de todos nós, não obstante várias iniciativas tendentes a melhorar este estado de coisas.

A preparação do advogado no Brasil já se faz sentir pelo sistema de créditos, como de resto já ocorre nos Estados Unidos e em países mais adiantados do que o nosso.

O preparo do profissional do direito, pelo sistema tradicional, seriado, sem levar na devida conta a interdisciplinariedade relativamente às matérias de outros campos afins, causa desequilíbrio entre o mercado de trabalho e a carreira do direito.

Urge que sejam implantadas nos cursos jurídicos de formação

matérias optativas especializadas, a exemplo do que já vem fazendo a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, sob a inspirada orientação de seu saudoso e dinâmico diretor de cursos de Pós-graduação, Professor Arthur Machado Pampério, que, entre outras, introduziu a matéria Direito de Seguro, a qual tivemos a oportunidade de ministrar, e Direito no Mercado de Capitais, que tivemos o privilégio e satisfação de coordenar e lecionar com o apoio da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro.

Temos, ainda, no *Curriculum* dos Cursos de Pós-graduação, matérias como Direito da Empresa e Direito Econômico e Regime Jurídico do Capital Estrangeiro. Isto sem falarmos na incorporação da matéria do Curso de Graduação: Direito no Mercado de Capitais pelo *Curriculum Regular*, no âmbito do Direito Comercial.

Esperemos que, cedo, os frutos dessas iniciativas de outrora estejam sendo colhidos de modo a conduzir o advogado de empresa, seja de entidade financeira, industrial ou comercial, ao posto de prestígio que lhe cabe na administração empresarial, diretamente ligado à presidência da companhia, como são os assessores econômicos e de relações públicas, por exemplo, nos grandes centros do mundo.

Até então só conhecíamos no Brasil uma entidade que realmente preparou advogados para o exercício da advocacia empresarial, e de mercado de capitais, qual seja, o CEPED (Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito), órgão da Faculdade de Direito da então UEG, hoje UERJ, que funcionou em convênio com o Curso de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, sob os auspícios da Ford Foundation, tendo como professor líder Alfredo Lamy, autor do anteprojeto de Lei de Sociedades Anônimas.

Hoje, decorridos quatro décadas de atividade meritória do CEPED, do FUMCAP, junto aos advogados brasileiros, os primeiros reflexos já estão sendo sentidos nas Faculdades de Direito, onde vemos, com satisfação, nosso trabalho coroado de êxito.

Urge, pois, que não descuidemos, contudo, da contínua preparação de novos advogados para este novo ramo de atividade, em que poderão, como consultores, desempenhar, mais a contento, do que nunca, a função que é sua e somente sua por excelência, qual seja, a de coordenador de todos os demais técnicos, pois só o profissional do direito, doutor por excelência, possui a visão universal da conjuntura em que está inserido. ❖

FONTES DE CONSULTA

"As Pequenas e as Grandes Sociedades Anônimas", *in* **Revista de Política e Administração Fiscal**, n.º 1, página 111.

Discurso de Posse na Direção da Faculdade de Direito da UFRJ – Prof. Arthur Machado Pampério.

Franchising & Direito. Prof. Luiz Felizardo Barroso. Ph.D. Ed. Lumen Juris (RJ), 2002.

COJUR. **Revista Jurídica do Banco do Brasil**, ano II, jul/ago/set, 1982.

Meios Alternativos de Solução de Controvérsias: Verdades, Ilusões e Descaminhos no Novo Código de Processo Civil

Marcelo Barbi Gonçalves

Doutorando em Direito Processual (UERJ).

Mestre em Direito (UFAL). Juiz Federal.

RESUMO: O autor, neste texto, aborda os métodos alternativos de resolução de controvérsias. Nunca, como na atual quadra histórica, se fez ecoar a exigência de levar ao conhecimento do legislador processual o precário estado do sistema judiciário brasileiro. Contudo, não se pode negligenciar a injustiça que se observa quando as partes em confronto não estão em condições de paridade. A abertura aos meios consensuais, que ocorre em virtude de uma gama de fatores, não pode ocorrer sem observância das situações jurídicas de direito material.

PALAVRAS-CHAVE: Métodos alternativos de resolução de controvérsias - A crise do Poder Judiciário - Condições de paridade entre as partes - Injustiça.

RIASSUNTO: L'autore, in questo testo, tratta dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Mai como in questo periodo nel nostro paese si è sentita l'esigenza di portare all'attenzione del legislatore processuale il precario stato del sistema giudiziario brasiliano. Tuttavia, non si deve dimenticare la palese ingiustizia che si puo trovare quando le parti non sono in condizione di parità. L'apertura a nuovi metodi alternativi al procedimento ordinario, dovuta ad una molteplicità di fattori, non si puo fare senza guardare la situazione del diritto materiale.

PAROLE-CHIAVE: Metodi alternativi di risoluzione delle controversie - La crisi del sistema processuale - Condizione di parità delle parti - Ingiustizia.

SUMÁRIO: 1. O processualista entre o *velho* e o *novo* - 2. Barreiras teóricas, culturais e institucionais - 3. Meios alternativos no direito objetivo vigente - 4. Anverso e reverso dos meios suasórios de resolução de conflitos - 4.1 A justiça informal como remédio para a crise judiciária - 4.2 A face oculta da Justiça consensual - 4.3 Podando os excessos à procura de uma *terceira via* - 5. O Novo Código e a *lex mercatoria* - 6. Bibliografia

1. O PROCESSUALISTA ENTRE O VELHO E O NOVO

Uma das principais novidades do novo Código de Processo Civil em relação ao diploma anterior refere-se à ênfase nos meios alternativos de solução de controvérsias. O paradigma adjudicatório, pelo qual a composição dos conflitos se dá imperativamente por um terceiro imparcial, deixa de ser o remédio exclusivo oferecido pela farmacologia jurídica.¹

Litígios² são como doenças do corpo social. O estado *fisiológico* do Direito é o cumprimento espontâneo das obrigações. Uma vez verificado o suporte fático, devem as partes da relação jurídica voluntariamente fazer incidir o preceito secundário.³ À exceção de hipóteses que demandam cogente passagem judiciária - cada vez mais infrequentes (pense-se nos divórcios e inventários consensuais a partir da Lei 11.441/07) -, a situação ideal de realização do Direito é o cumprimento espontâneo das normas.

A partir do momento em que as regras de convivência são descumpridas, cogita-se dos meios pelos quais se deve restaurar a ordem jurídica violada.⁴ Isso porque a não correspondência entre o *dever-ser* normativo e o *ser* social implica o estado *patológico* do Direito. Para correção deste

1 Conforme se colhe de sua Exposição de Motivos: "Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz".

2 A doutrina, de um modo geral, à semelhança do paciente freudiano que está sempre a limpar os óculos sem nunca pô-los na cabeça, combate a litigiosidade sem, antes, sequer defini-la. Para fins do presente artigo, valemo-nos do seguinte conceito: "Litigância, na linguagem comum, refere-se às controvérsias que são solucionadas por meio do uso do sistema de justiça. O significado principal, então, infere três elementos distintos: primeiro, uma demanda, ou seja, uma tentativa ativa de alcançar um objetivo desejado; segundo, a existência de uma disputa ou de um conflito ou, em outras palavras, resistência à reivindicação apresentada; e terceiro, o uso de uma instituição específica, a justiça, para resolver o referido conflito ou disputa". (Friedman, Lawrence M. "Litigância e sociedade". Trad. Tatiana Mesquita. *Revista de Direito Administrativo* v. 263, maio-ago./2013, p. 15)

3 "Do ponto de vista da lógico-formal, a norma jurídica constitui uma proposição hipotética que, usando-se a linguagem da lógica tradicional, pode ser assim expressada: 'se SF então deve ser P', em que a hipótese (=antecedente) é representada pelo suporte fático (SF) e a tese (=consequente) pelo preceito (P)". (MELLO, Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 62)

4 Esse é, como é intuitivo, um esquema-geral bosquejado sem prejuízo de tutelas preventivas do ilícito (inibitória) e do dano (cautelar).

quadro, é necessária a atuação de atividades destinadas à efetividade dos preceitos. Conforme ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

O Estado, conhecedor das concretas transgressões a todo o momento perpetradas contras as regras de convivência e não ignorando que as próprias sanções estabelecidas para essas transgressões podem restar sem efetividade se não contarem com um mecanismo de apoio, predispõe meios de atuação, pelos quais se dispõe a impor imperativamente a observância das normas (tutela preventiva) e as consequências antes ditas no plano puramente abstrato (tutela reparatoria etc.).⁵

O ponto é que esses *meios de atuação* sempre foram envernizados com a pena estatal. À sociedade nunca foram oportunizados eficazes mecanismos aptos à autocomposição de controvérsias. O cidadão, face à inoperância de meios resolutivos amigáveis, via-se perante uma encruzilhada: renunciava à sua posição jurídica de vantagem ou recorria ao Poder Judiciário.

É como se a medicina oferecesse apenas um remédio para tratar a doença do paciente. Mais: demorava-se muito para ser atendido pelo médico. A consulta? Cara. E o medicamento? De efeito retardado, por vezes sequer funcionava. Pior: criava outra moléstia.

Esse quadro de insatisfação - que culminou com a inserção da conciliação e da mediação no seio do Novo Código de Processo Civil - não é recente. É bem de dizer que, há mais de três décadas, percebe-se uma constatação difusa na doutrina pátria no sentido de que soluções consensuais deveriam estar à disposição para fins de composição dos conflitos de interesses.

Deve-se louvar a *Comissão Fux* e os juristas que participaram das discussões nas Casas Legislativas por terem auscultado os anseios da comunidade jurídica⁶ à busca da *deformalização das controvérsias*.⁷ Um passo importante foi dado. Progressos podem ser diagnosticados. Mas, há

⁵ "Tutela jurisdicional". In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1, p. 364.

⁶ Por todos, Leonardo Greco: "As soluções meramente quantitativas somente agravam a crise de credibilidade que assola a Justiça do nosso tempo e afasta cada vez mais o Poder Judiciário da sua mais elevada missão, que é a de ser o guardião da eficácia concreta de direitos fundamentais do homem, pilar sobre o qual se assenta o Estado Democrático de Direito contemporâneo. Mas a verdade é que é preciso que em cada país sejam encontrados caminhos para debelar essa crise aliviando a justiça da sufocante avalanche atual de processos e de recursos. Parece-me que essas soluções se encontram fora do Judiciário, através de políticas preventivas da litigiosidade nas relações entre o Estado e os particulares e o estímulo aos meios alternativos de solução de controvérsias." ("Publicismo e privatismo no processo civil". **Revista de Processo** n° 164/2008, p. 55)

⁷ Grinover, Ada Pellegrini. "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias". In: **Novas Tendências do Direito Processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 175 *passim*.

problemas de técnica legislativa? Erros teóricos foram cometidos? Poder-se-ia ter avançado mais?

Mauro Cappelletti, após referenciar as críticas que foram dirigidas ao *Projeto de Acesso à Justiça*, advertiu que há dois modos de se recusar mudanças: “um é simplesmente dizer não às reformas; o outro - talvez menos ostensivo - é exigir perfeição (o enfoque do tudo-ou-nada)”.⁸

Assiste razão ao mestre florentino. É fácil ser engenheiro de obra pronta. O processualista deve estudar o novel CPC sob o prisma de suas potencialidades emancipatórias. Cotejando-se o novo e o velho, nem o mais empedernido misonéista poderá negar que o avanço foi grande. Cabe ao operador do direito, agora, deslaçar as amarras dogmáticas concebidas à base de um *modelo monopolista de jurisdição* e permitir que a sociedade, no exercício pleno de sua cidadania, atue participativamente do processo decisório.

2. BARREIRAS TEÓRICAS, CULTURAIS E INSTITUCIONAIS

Conforme salientado, no Brasil não é nova a percepção de que soluções amigáveis deveriam estar à disposição dos cidadãos para fins de composição de suas controvérsias. Todavia, barreiras teóricas, culturais e institucionais precisavam ser superadas para que se avançasse na matéria. Esses obstáculos podem ser visualizados, seguindo os passos de Cappelletti, tanto no plano dos “produtores” do direito quanto no dos “consumidores” do serviço de justiça.⁹

Do ponto de vista teórico, saliente-se que vicejou na doutrina, durante longo período, a tese de que o Estado deteria o monopólio da função jurisdicional. A esse propósito, recorde-se o conceito de jurisdição de uma das mais festejadas obras de Teoria Geral do Processo:

“Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como

⁸ “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. *Revista de Processo* n° 74/1994, p. 89, nota de rodapé n° 18.

⁹ “A velha concepção consistia em ver o direito sob a única perspectiva dos ‘produtores’ e de seu produto: o legislador e a lei, a administração pública e o ato administrativo, o juiz e o provimento judicial. A perspectiva de acesso consiste, ao contrário, em dar prioridade à perspectiva do consumidor do direito a da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade como um todo, suas necessidades, a instância e aspiração dos indivíduos, grupos e sociedades, os obstáculos que se interpõem entre o direito visto como ‘produto’ (lei, provimento administrativo, sentença) e a justiça vista como demanda social, aquilo que é justo”. (“Acesso à justiça e a função do jurista”. *Revista de Processo* n° 61, jan-mar/1991, p. 156)

capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)".¹⁰

Dessa forma, os meios de solução de controvérsias heterocompositivos (arbitragem) ou autocompositivos (mediação, conciliação, negociação, avaliação neutra de terceiros, processo participativo) acabaram sendo encobertos por uma doutrina adjudicatória oficial.

Veja-se, porém, que dois dos autores da referida obra já reviram suas posições. Grinover, após afirmar que a mediação e a conciliação detêm natureza jurisdicional, salientou que a jurisdição não é mais *poder*, senão *função* e *atividade*:

"Durante muito tempo, negou-se natureza jurisdicional à mediação e conciliação. Claro que isso se deveu ao próprio conceito de jurisdição e aos elementos que a definiam, sendo os principais a lide, a substitutividade, a coisa julgada. No entanto, a existência desses elementos oferece dúvidas até em relação ao processo estatal: onde estaria a lide no processo penal? E no processo civil versando sobre direitos indisponíveis? E por que o juiz se substituiria às partes para julgar? Uma coisa são as partes, outra completamente diferente é o juiz. E a coisa julgada, então? Este verdadeiro dogma clássico perdeu seus absolutismo e relevância. Hoje a preclusão administrativa faz as vezes da coisa julgada, e há processos judiciais em que a satisfação do direito ocorre sem a coisa julgada (como em diversos procedimentos sumários, na monitoria, na estabilização da tutela antecipada, etc.). Chega-se a falar na relativização ou desconsideração da coisa julgada, perante o princípio da proporcionalidade. Jurisdição, na atu-

¹⁰ Grinover, Ada Pellegrini; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

alidade, não é mais poder, mas apenas função e atividade. E, sobretudo, seu maior indicador é o acesso à Justiça, estatal ou não."¹¹

De sua parte, Dinamarco passou a sustentar que constitui tendência moderna o abandono do *fetichismo da jurisdição estatal*,¹² lecionando - ao se manifestar sobre a arbitragem - que:

"Assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce, não há dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos."¹³

Percebe-se, assim, à vista dos resíduos de litigiosidade não solucionados pelos sistemas formais de tutela, que a lógica imperante é a *do quanto mais melhor*. Não há, com efeito, um excesso de canais viabilizadores do acesso à ordem jurídica justa,¹⁴ senão uma *subrepresentação* dos conflitos nas instâncias auto e heterocompositivas.

No que se refere aos obstáculos culturais, não se pode olvidar a necessidade de se romper com o ranço do paternalismo entranhado na sociedade brasileira. O desenvolvimento das forças econômico-sociais a reboque do Estado, o esgarçamento do tecido comunitário e o engatilhar dos *corpos intermediários* (associações, sindicatos etc.), entre outros fatores, conduzem a uma nefasta dependência institucional no plexo de predicados da cidadania.¹⁵

11 **Justiça conciliativa**. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

12 "Tutela jurisdicional". In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1, p. 391/392.

13 **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39. Igualmente: "Não há (ou não há mais) como sustentar qualquer laivo de monopólio estatal da distribuição da justiça, no sentido radical que perdurou por décadas, cabendo antes reconhecer que o exercício da jurisdição está presente sempre que um agente, órgão ou instância se mostre capaz de prevenir ou compor um conflito em modo justo, tempestivo e sob uma boa relação custo-benefício" (Mancuso, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011, p. 393).

14 A conhecida expressão é da lavra de Watanabe ("Acesso à justiça e sociedade moderna". In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; _____. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 135).

15 Conforme ensina Carlos Alberto Carmona: "Faço aqui um alerta: a terminologia tradicional, que as reporta a 'meios alternativos' parece estar sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta para meios adequados (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente alternativos. Em boa lógica (e

Com efeito, canalizam-se para o Judiciário conflitos sem que os litigantes, *sponte propria*, tentem resolvê-los. Ocorre, porém, que esse mau vezo de entregar ao Estado toda e qualquer controvérsia faz com que as partes não se envolvam de modo direto na solução dos conflitos. Sem embargo, os meios alternativos pressupõem uma mentalidade receptiva a esse modelo pacificador. Nessa linha de convicções, salientam Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Michele Paumgarten que:

*"Educar a sociedade a resolver seus próprios conflitos, ou a escolher o melhor método para resolvê-los, é uma tarefa árdua, principalmente quando, por mais que seja frustrante a inoperância dos serviços judiciais, é difícil quebrar um sistema que, apesar de opressivo, é confortável porque é conhecido, familiar."*¹⁶

Por fim, destaque-se o obstáculo institucional decorrente de uma visão preconceituosa por parte dos membros do Poder Judiciário. Os anos de estudo, assim como as dificuldades para ingresso, remoção e promoção na carreira geram nos magistrados um sentimento refratário aos meios alternativos. A jurisdição, quer-lhes parecer, é privativa do juiz togado.

Nesse ponto, recorde-se a interessante pesquisa *Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões*, patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e coordenada pela Prof.^a Maria Tereza Sadek.¹⁷

No que se refere à agilidade, os entrevistados têm uma percepção bastante crítica do Judiciário. Apenas 9,9% dos magistrados o consideram como "muito bom" e "bom". No extremo oposto, 48,9% avaliam a instituição, quanto à agilidade, como "ruim" e "muito ruim". Quanto às custas, 40,9% o qualificam de forma "ruim" e "muito ruim".

Nada obstante, 89,8% dos entrevistados consideram que o Judiciário deve ter o monopólio da prestação jurisdicional. De outro lado, 79,6%

tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação)". (**Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32/33)

¹⁶ "Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça". Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 25.09.2014.

¹⁷ Disponível em: <http://www.amb.com.br/porta1/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>. Acesso em: 25.9.2014.

concordam com a afirmação segundo a qual “todas as formas alternativas de solução de conflitos (juiz leigo, juiz de paz, juiz arbitral, comissão de conciliação prévia) devem estar subordinadas ao Poder Judiciário”.

Percebe-se, assim, que os juízes, malgrado cômicos da baixa qualidade do serviço prestado, recusam-se a admitir que outros agentes possam prover os cidadãos com soluções mais econômicas, tempestivas e adequadas. Mais: com respostas que, para além de solucionar o conflito episódico, pacificam os conflitantes. Desfazem a *lide sociológica*.

3. MEIOS ALTERNATIVOS NO DIREITO OBJETIVO VIGENTE

Antes de analisar as previsões do Novo CPC que consagraram os meios alternativos de resolução de controvérsias, destaque-se, sumariamente, a evolução desses institutos no direito vigente.

Nesse passo, o primeiro aceno normativo deu-se com a Constituição do Império, de 1824, a qual previu a arbitragem, bem como a mediação prévia obrigatória.¹⁸⁻¹⁹

Posteriormente, com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho em 1934, houve a instituição das Juntas de Conciliação e Julgamento, as quais foram extintas pela EC n.º 24/99, ocasião na qual os órgãos colegiados de primeiro grau transformaram-se em Varas do Trabalho.

Com a Lei n.º 7.244/84, que instituiu os “Juizados Especiais de Pequenas Causas”, a conciliação passou a ser a mola-mestra do procedimento. A respeito, veja-se que, de acordo com o seu art. 2º, se buscaria, sempre que possível, a conciliação das partes. Conforme leciona Grinover: “A conciliação é buscada incessantemente no processo brasileiro de pequenas causas. Pode-se até dizer que constitui a tônica da lei, obstinadamente preocupada em conciliar”.²⁰

18 Art. 160. *Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o conveniorem as mesmas partes.* Art. 161. *Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.* Art. 162. *Para este fim haverá juízes de paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os vereadores das câmaras. Suas atribuições e distrito serão regulados por lei.*

19 De acordo com o relato de Kazuo Watanabe, o modelo não vingou em virtude de conflitos políticos entre os Partidos Liberal e Conservador: “Os historiadores dizem que a figura do juiz de paz foi uma concepção dos liberais contra os conservadores, pois, com essa instituição, procuravam fazer face ao excessivo autoritarismo do Estado. Como todos os conflitos eram solucionados pelos funcionários do Judiciário, o juiz de paz, pessoa eleita pelo povo, portanto, teoricamente de sua confiança, ao atuar, estaria quebrando um pouco do autoritarismo estatal”. (“Modalidade de Mediação”. In: **Série Cadernos do CEJ** n.º 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011, p. 44)

20 “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 186.

A Constituição de 1988 previu, em seu art. 98, inc. I, a criação de juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação de causas cíveis de menor complexidade, os quais aderiram com as Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais) e 10.259/01 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais). Com a Lei 12.153/09, sistemática análoga foi estendida para fins de abarcar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios até o valor de 60 salários mínimos.

Em 1994, houve a alvissareira promulgação da Lei 8.952/94, a qual previu como dever do magistrado “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” (art. 125, IV), bem como instituiu a conciliação como uma das finalidades da audiência preliminar (art. 331). Na prática, porém, os processos continuaram sendo saneados por escrito, de forma que o intuito legislativo restou esvaziado.²¹

Um passo significativo na busca da *justiça coexistencial* ocorreu com a Lei 9.307/96, a qual disciplinou, inovadoramente, a arbitragem no direito brasileiro. São dois os seus principais aportes: (i) a instalação coercitiva da arbitragem no caso de inadimplemento do compromisso arbitral²² e (ii) a dispensabilidade da homologação do laudo arbitral.²³⁻²⁴

Destaque-se, por fim, a Resolução nº. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judi-*

21 A propósito, registre-se a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a não realização da audiência preliminar não nulifica o processo. Por todos: Resp 148.117, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 08.03.05.

22 Art. 7º: Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

23 Art. 18: O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

24 Nesse sentido: “Antes da edição da Lei 9.307/96 o procedimento existente para as arbitragens no Brasil sofria, no mínimo, de dois grandes (e graves) problemas. O primeiro era que a sentença arbitral, isto é, a decisão ofertada pelo árbitro no final do processo, no sistema antigo, tinha de ser previamente homologada pelo Poder Judiciário para que passasse então a ser exigível. Ou seja, depois de transcorrido todo o processo arbitral, a parte vencedora tinha necessariamente de ingressar no Poder Judiciário para homologar o resultado de sua vitória na arbitragem. O segundo era que a lei não previa a chamada força vinculante da cláusula compromissória (Lemes, 1996, p. 232). Ou seja, no momento em que o contrato estava sendo assinado, as partes estabeleciam, por meio de uma cláusula compromissória, que as eventuais controvérsias decorrentes daquele instrumento não seriam resolvidas pelo Poder Judiciário, mas sim por um determinado árbitro ou tribunal arbitral. Ocorria, entretanto, que se porventura - quando surgisse um litígio - uma das partes se negasse a dar início à arbitragem, nada podia a outra fazer para compelir aquele que prometera se submeter ao processo arbitral”. (“A arbitragem como ‘saída’ do Poder Judiciário?”) (Machado, Rafael Bicca. “Algumas relações entre Direito e Economia com apoio em Albert Hirschman”. In: Jobim, Eduardo; _____ (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 361).

ciário. Seus considerandos²⁵ são uma bússola interpretativa para que se compreenda, como salientou Watanabe, a necessidade de que à cultura da sentença se substitua a da pacificação.²⁶

4. ANVERSO E REVERSO DOS MEIOS SUASÓRIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

É imprescindível alertar que o tema sob análise detém uma face oculta que é negligenciada por parcela da doutrina pátria que versa sobre os meios resolutivos que não envolvam ou, até mesmo, dispensam a participação do Judiciário.

Face à *explosão da litigiosidade*, o discurso remansoso vai no sentido de que uma saída seria a disseminação de mecanismos alternativos tais como arbitragem, mediação e conciliação. Os argumentos são de conhecimento cursivo: a justiça informal permitiria uma solução amigável; aproximaria as partes; seria menos dispendiosa; mais célere. Além disso, a decisão se vocacionaria a ser adimplida, pois foi negociada. E, por fim, com a participação popular pelo processo, tributar-se-ia a democracia participativa.

Aplausos. A plateia está embevecida. Os meios alternativos são a panaceia geral.

Esse discurso retórico não é falso. Sem embargo, é extremamente incompleto. Pretende chamar o jurisdicionado de *Alice*. Mudar o nome dos Tribunais para *Cortes das Maravilhas*. Mas a realidade é bem diferente das fantasias doutrinárias.

Deveras, a sociedade brasileira é tisonada por relações de classe que mascaram uma distribuição de renda abissalmente injusta. Em relações paritárias, decerto, os meios suasórios prestam um ótimo serviço à cidadania.

25 "CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorre em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria (...)".

26 "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses". Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.11.2014.

Todavia, quando empregados em situações nas quais os conflitos ocorram entre jurisdicionados com poderes estruturalmente desiguais, estiola-se a parte débil. Consumidor e empresa, locador e inquilino, é bem de ver, não se tratam com reciprocidade em procedimentos informais. Desprovido dos poderes de *iudicium*, o mediador/conciliador não detém instrumentos para pôr cobro à desapropriação exercida às barras das mesas de negociação.

Sobreleva afirmar, entretantes, que essas impositões, aparentemente antitéticas, não são infensas a uma solução de compromisso. Não se trata de ser, evocando Owen Fiss, a favor ou *against settlement*. O Direito, como a vida em geral, não se afina com absolutos. Trata-se, agora, de explorar as potencialidades de cada qual dessas abordagens e, equilibrando-as, chegar a um ponto ótimo de composição.

4.1 A justiça informal como remédio para a crise judiciária

Um comportamento pode ser positivamente valorado pelo ordenamento jurídico em virtude de dois motivos: (i) ele em si mesmo é considerado em conformidade com o projeto constitucional de bem-estar, ou, (ii) conquanto axiologicamente neutro, é gerador de externalidades que se afinam com interesses tutelados pelo sistema. *Tertium non datur*. Conforme depreender-se-á das linhas seguintes, o mesmo se passa em relação aos meios alternativos. Para melhor visualização do ponto, vejamos algumas manifestações doutrinárias.

Após salientar que “a crescente sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos e a burocratização da justiça trazem relevantes limitações ao exercício da função jurisdicional”, aduzem Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz que:

“Em um país de dimensões continentais, grande população e quantidade imensa de ações, não basta agilizar o processo judicial, pois se estaria tentando esvaziar o mar com um balde. Há que se implementar medidas mais profundas de redução da quantidade de causas. Por isso, tem-se buscado, outrossim, popularizar meios alternativos de solução de conflitos, inspirados muitas vezes em experiências bem sucedidas no exterior, visando desafogar o Poder Judiciário.”²⁷

27 "Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social". *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007, p. 38.

É nesse sentido, ainda, que se manifestam Eduardo Cambi e Alisson Farinelli:

*"A conciliação e a utilização de alternativas ao processo civil tradicional deve ser incentivada. Evidenciado que o Poder Judiciário não está em condições de atender a todos os jurisdicionados com rapidez e eficiência, outros meios, mesmo que não estatais, devem ser buscados."*²⁸

Nesse passo, registre-se passagem de entrevista concedida pelo então Secretário Nacional da Reforma do Judiciário à revista Consultor Jurídico em 19.12.2010. Quando indagado acerca de quais reformas ainda precisavam ser feitas para atacar a morosidade, respondeu o Sr. Marivaldo de Castro Pereira:

*"Os mais recentes levantamentos do Justiça em Números revelaram que houve um aumento de demanda. O Judiciário ganhou muito em produtividade, mas houve um aumento de demanda ainda maior. Isso significa que é fundamental investir na disseminação de meios alternativos para solução de conflitos, como é o caso da mediação e da conciliação."*²⁹

Desses excertos se colhe uma amostra da doutrina - francamente majoritária - que vincula os meios alternativos de resolução dos conflitos com a crise do Poder Judiciário. Afirma-se, sinteticamente, que a qualidade do serviço jurisdicional é insatisfatória, de sorte que a arbitragem, a mediação e a conciliação mostram-se como alternativas viáveis ao cidadão.

O que se desprende dessa linha de exposição é uma visão *instrumentalizada* dos meios suasórios. Atuam a fim de desonerar o Estado da prestação da tutela jurisdicional. Nessa perspectiva, o apelo à informalização da justiça passa a ser alardeado como recurso para o desafogamento dos acervos processuais. Reside, pois, em uma *razão funcional*, o ponto de partida para a promoção dos institutos consensuais.³⁰ Na pena

²⁸ "Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil". *Revista de Processo* n° 194, abril/2011, p. 281.

²⁹ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-19/entrevista-marivaldo-pereira-secretario-reforma-judiciario>. Acesso em: 28.09.2014.

³⁰ "A celeridade é o argumento que, de tão contrastante, acaba por confundir finalidade e consequência. Se pensarmos em acesso à justiça, a finalidade não seria desafogar, mas garantir direitos, resolver conflitos, harmonizando e pacificando a sociedade. Se o Judiciário consegue dar respostas com qualidade em um tempo adequado, um tempo em que cada vez mais se otimiza a prestação jurisdicional, a celeridade faz do desafogar uma consequência.

de Owen Fiss: “the allure of settlement in large part derives from the fact that it avoids the need for a trial”.³¹

A propósito, Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama adotam uma linha expositiva diversa, porquanto afirmam que a arbitragem “compete” com o modelo estatal de jurisdição. Ou seja, não haveria uma *funcionalização* dos meios informais à serviço do Poder Judiciário, já que ambos disputam pela oferta das atividades de solução de controvérsias.

Após sustentarem que a “dinâmica da relação de oferta e procura pela prestação jurisdicional tem contornos semelhantes à da oferta e procura por produtos e serviços no mercado”, aduzem os articulistas que:

“A competição entre a prestação jurisdicional pública e privada induz, assim, a redução dos custos de transação associados à prestação jurisdicional pelo Estado. Em especial, a competição dá incentivos ao Estado para modernizar a legislação, repelindo normas indesejadas ou menos eficientes e substituindo-as por normas mais adequadas às necessidades da sociedade.”³²

Rebuscou-se o artigo com toda a atenção e, surpreendentemente, verificou-se que sua ideia central, de fato, é que o Estado e as Câmaras Arbitrais seriam instituições em constante competição. Pois bem.

O Poder Judiciário, firme-se o ponto, não é agente econômico. Não presta o serviço jurisdicional com fins lucrativos. Fora essa a sua intenção, não seria retribuído por taxa, a qual, como não se ignora, está submetida ao princípio da referibilidade. Aliás, que *player* é esse que, quando o consumidor não pode pagar, trabalha de graça?

Prestando jurisdição, o Estado não almeja *superávit*. Aliás, o direito fundamental à jurisdição, sendo um autêntico direito de liberdade, exige variegadas prestações positivas (organizacionais, normativas e materiais). De acordo com o Relatório Justiça em Números 2014, do Conselho Nacio-

Mas parece que na ânsia de atingir números, desafogar torna-se a própria finalidade. Para aumentar ainda mais a complexidade e os paradoxos desta questão, não podemos perder de vista que o acesso à justiça, no movimento das ondas renovatórias, ainda está em vias de ampliação, tanto qualitativa quanto quantitativa”. (Rebouças, Gabriela Maia. “Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça”, p. 135). Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3578.pdf>. Acesso em: 28.09.2014.

31 “Against Settlement.” *Yale Law Journal* n° 93, may/1984, p. 1.083.

32 “A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor.” *In*: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 80/81.

nal de Justiça, em 2013 os gastos com o Poder Judiciário atingiram R\$ 61,6 bilhões. “Que empresa deficitária!”, devem pensar os articulistas...

Ocorre que o Estado não é um fim em si mesmo. Ele está a serviço do cidadão, assim como os seus recursos estão voltados à persecução do bem comum. A sua lógica operacional é distinta daquela do mercado. Pense-se na prestação de serviços de transporte urbano em vias deficitárias. Ao assim proceder, está-se cumprindo com o dever de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inc. III, CRFB/1988). Caso esse serviço público fosse disponibilizado para fins de concessão/permissão, a iniciativa privada se voluntariaria? É evidente que não. E assim o faz porque a sua lógica é lucrativa, e, não, pautada pelo interesse público. O mesmo se passa com a composição dos conflitos.

Os articulistas sustentam que a arbitragem, se comparada com a prestação jurisdicional, é mais ágil. Salientam, ainda, que o árbitro, ao contrário do juiz estatal, “pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem”,³³ de maneira que a especialização daqueles gera uma maior qualidade das decisões.

Analisem-se esses argumentos. Antes: se a veracidade das premissas autoriza o acerto da conclusão.

Como é de conhecimento cursivo, o juiz estatal, via de regra, é um *clínico geral* do Direito. Um dia, atua em uma Vara de Fazenda Pública; outro, em uma Criminal; remove-se e, então, passa a exercer suas funções em um Juizado Especial; após, ao se titularizar, incumbe-lhe uma Vara de Execução Fiscal. Esses são fatos, e reconhecê-los não importa em qualquer juízo de desvalor. Mas, indaga-se, esse quadro é predicado exclusivo do Direito?

Veja-se o que se passa na área médica. Um bom hospital possui em seus quadros tanto neurocirurgiões quanto clínicos. Cada qual, em sua respectiva esfera de atuação, presta o mister que lhe cabe: um, é ótimo para acabar com uma virose; o outro, especialista em operar tumores cerebrais.

Neurocirurgiões e clínicos, por acaso, competem?

Passa-se o mesmo com a prestação jurisdicional. Os juízes, por dever de ofício, não são especialistas - para citar o exemplo dos articulistas - em contratos de exploração e transporte de petróleo. Portam na horizontalidade o que lhes carece na verticalidade. Assim o é e assim deve

³³ *Ibidem*, p. 18.

continuar a sê-lo. Consulta ao interesse público que os juízes conheçam extensivamente todas as matérias, e não que tenham “formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem”. Neurocirurgiões disputam mercado com neurocirurgiões, não com clínicos. Por esse argumento, pois, não se chega à conclusão propugnada. Vamos ao próximo.

A agilidade do processo de arbitragem é notória, assim como a morosidade do estatal. Mas não se pode negligenciar que a celeridade é apenas uma das diversas variáveis que compõem a equação que sintetiza uma resolução de conflitos afinada com a tábua constitucional.

De plano, registre-se que se contam aos borbotões as hipóteses em que, nos termos do art. 33 da Lei 9.307/96, se propõem ações declaratórias de nulidade da sentença arbitral. Nos termos de seu § 3º, a mesma faculdade pode ser exercida em sede de embargos do devedor. Nesse caso, o processo arbitral, face à duplicação de instâncias, não será mais célere que um análogo iniciado no Judiciário.

Além disso, registre-se que o procedimento arbitral não comporta sindicabilidade jurisdicional quanto ao mérito. Todavia, parece passar despercebida à doutrina a seguinte indagação: qual o custo desse *trade-off*? Garantias processuais porventura não poderão ser insanavelmente violadas?

A propósito, Hermes Marcelo Huck e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo relatam julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no qual se anulou laudo proferido sem que o órgão arbitral tivesse admitido a realização de prova pericial pleiteada pela parte vencida. Segundo Huck e Amadeo, “O Tribunal de Justiça entendeu que, ao negar a realização daquela prova, os árbitros teriam violado o princípio do contraditório”.³⁴

Essa decisão evidencia a necessidade de convivência harmoniosa entre os princípios constitucionais do processo. Celeridade, sim. A todo custo, não. Conclusão esta, destaque-se, que já foi ventilada, com o brilhantismo que lhe é peculiar, por Barbosa Moreira:

"Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a

34 "Árbitro: juiz de fato e de direito". *Revista de Mediação e Arbitragem* n° 40, jan.-mar./2014, p. 182.

morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço."³⁵

Superado o imaginoso argumento de competição entre os processos arbitral e estatal, volve-se agora lume para uma tese realmente atrativa.

Doutrina de escol advoga que a disseminação da justiça informal deve ser incentivada em virtude de sua aptidão para promover o escopo pacificador da jurisdição. A acomodação dos litígios seria a mola-mestra dos meios alternativos. "Não importa se são ou não fiéis ao direito substancial", afirma Dinamarco, pois "o importante é que sejam aptos a pacificar as pessoas e eliminar seus conflitos, fazendo-lhes justiça".³⁶

O processualista sustenta que a concretização do direito objetivo no âmbito dos meios alternativos de resolução de conflitos é meramente acidental, pois

"Os meios alternativos não são ligados ao escopo jurídico de atuar a lei (e na prática só ocasionalmente conduzem a isso), mas buscam a pacificação das pessoas e a eliminação de conflitos, o que constitui o escopo magno do próprio sistema de tutela jurisdicional."³⁷

Essa linha de exposição, porém, requer análise sobre ao menos duas considerações: (i) "pacificação das pessoas" e "eliminação de conflitos" não são termos necessariamente equipolentes: a composição -

35 "O futuro da justiça: alguns mitos". *Revista de Processo* n° 102, abr.-jun./2001, p. 232.

36 "Tutela jurisdicional". In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1, p. 392.

37 *Ibidem*. No mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno ao tratar dos meios alternativos de solução de conflitos: "Se é certo que tais técnicas não se valem, necessariamente, da atuação do Estado-juiz, é correto o entendimento que cada um deles representa, em um contexto mais amplo, um método de atingir uma das finalidades mais caras ao direito processual civil - e do próprio Estado - que é a pacificação social". (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48).

consensual ou não - por parâmetros injustos nada pacífica, de forma que “settlement is a truce more than a true reconciliation”;³⁸ (ii) a subtração do referencial normativo como paradigma decisório possui o condão de satelitariamente acirrar a prática do ilícito. O enfrentamento a essas questões, entretantes, já se relaciona com as dobras da *outra história* dos meios alternativos.

4.2 A face oculta da justiça consensual

Em 1984, um artigo acerca dos *Alternative Dispute Resolution* percorreu o mundo acadêmico. Trata-se de umas daquelas raras joias que importam a abertura de vias exploratórias antes ocultas. Em *Against Settlement*,³⁹ Owen Fiss se insurge basicamente contra duas reformas realizadas no *Federal Rules of Civil Procedure*. Saliente-se, desde logo, que o ordenamento jurídico norte-americano prevê um condomínio legislativo da União e dos Estados quanto às normas processuais. Nada obstante isso, na prática - e por variadas razões que aqui não comportam desenvolvimento -, muitos Estados seguem o modelo federal. É nesse sentido que se manifesta Maurice Rosemberg:

*"Nearly fifty years have passed since the Federal Rules of Civil Procedure were adopted. By any fair appraisal they have represented a major advance in the administration of civil justice in this country. Despite their federal genesis, many states have judged them the best procedural rules anywhere and have adopted them nearly in toto, with only the changes necessary to accommodate local circumstances."*⁴⁰

A primeira reforma facilitava a celebração de acordos no bojo da *pretrial conference*, ao passo que a segunda determinava que, se o vencedor recebesse um julgamento menos favorável do que a oferta feita pela outra parte, pagaria os honorários advocatícios desta. É interessante perceber que no sistema norte-americano, à diferença do que se passa no Brasil, cada uma das partes arca com os custos de seus procuradores. Os artigos emendados são os seguintes:

³⁸ Fiss, Owen. "Against Settlement", 93 *Yale Law Journal*, may/1984, p. 1.075.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ "The Federal Civil Rules After Half a Century". *Maine Law Review* v. 36, 1984, p. 243.

"Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management

(a) PURPOSES OF A PRETRIAL CONFERENCE.

In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as: (...) (5) facilitating settlement."

"Rule 68. Offer of Judgment

(d) PAYING COSTS AFTER AN UNACCEPTED OFFER.

If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made."

A principal linha argumentativa de Fiss reside na consideração de que os meios alternativos retratariam uma capitulação à sociedade de massas.⁴¹ A explosão do fenômeno consumerista teria gerado demandas em excesso, não tendo o Poder Judiciário se aparelhado para dar vazão aos reclamos sociais. Os ADR, em verdade, seriam um subterfúgio estimulado pelo Estado à vista da sua incapacidade de disciplinar os conflitos sociais em franca expansão.

Além disso, os ADR representariam a versão civil do *plea bargaining*, instituto pelo qual os acusados de um crime assumem sua culpabilidade antes da instauração da ação penal e, com isso, obtêm uma redução da pena. Ambos se assemelhariam pois atingem uma solução negociada mediante a submissão dos interesses do polo mais frágil da relação. O consentimento de uma das partes, assim, seria viciado, daí resultando um acordo com vocação para o injusto. Veja-se:

"By viewing the lawsuit as a quarrel between two neighbors, the dispute-resolution story that underlies ADR implicitly asks us to assume a rough equality between the contending parties. It treats settlement as the anticipation of the outcome of trial and assumes that the terms of settlement are sim-

41 Conforme aduz Cappelletti: "Qual é a primeira característica da sociedade moderna, contemporânea? Acredito que a essa pergunta se pode responder que a sociedade contemporânea se caracteriza pelo fenômeno, muito específico, de massa. Do ponto de vista econômico – olhemos a economia da sociedade industrial – tipicamente a produção é uma produção de massa, não mais uma produção artesanal. Comércio de massa: consumo, tipicamente, de massa. Vivemos, marcadamente, em uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por esse aspecto massivo" ("Tutela dos interesses difusos". *Revista Ajuris* nº. 33, v. 13, mar/1995, p. 170).

ply a product of the parties' predictions of that outcome. In truth, however, settlement is also a function of the resources available to each party to finance the litigation, and those resources are frequently distributed unequally. Many lawsuits do not involve a property dispute between two neighbors, or between AT&T and the government (to update the story), but rather concern a struggle between a member of a racial minority and a municipal police department over alleged brutality, or a claim by a worker against a large corporation over work-related injuries. In these cases, the distribution of financial resources, or the ability of one party to pass along its costs, will invariably infect the bargaining process, and the settlement will be at odds with a conception of justice that seeks to make wealth of the parties irrelevant."⁴²

Fiss, ainda, elenca três causas pelas quais a disparidade de recursos pode influenciar a negociação pela parte “menos consistente”: (i) hipossuficiência informacional, de sorte que não lhe é possível antecipar o resultado do julgamento e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo; (ii) necessidade de reparação imediata dos danos (essa carência é tão premente que se aceita uma quantia muito inferior àquela que obteria em sede adjudicatória); e (iii) impossibilidade de financiamento dos custos do litígio, tais como perícia e taxa honorária de manutenção de processo.

No âmbito jurisdicional, por sua vez, essas assimetrias teriam seus efeitos atenuados em virtude de um sadio ativismo que permitiria aos juízes encetar medidas a fim de diminuir o impacto das desigualdades distributivas. Haveria, de certa forma, o exercício de uma *parcialidade positiva*,⁴³ a qual, sinteticamente, consiste em compensar disparidades fáticas entre os litigantes com desnivelamento de tratamento por parte do magistrado. De acordo com Fiss:

⁴² *Against Settlement*, p. 1.076.

⁴³ “Ressalte-se que a leitura da imparcialidade como princípio normativo do Poder Judiciário, segundo a perspectiva deste trabalho, deve ser realizada em duas vertentes, isto é, a vertente negativa, na qual se reclama um direito a um processo em que se apresente um julgador que não tenha qualquer inclinação para a determinada parcialidade negativa (suspeito ou impedido), e a outra vertente de caráter positivo, na qual se exige do juiz, diante das barreiras externas existentes (sociológica, cultural, econômica), o reconhecimento no transcurso e no desenvolvimento da relação jurídica processual dessas diferenças, ou seja, a exigência de um comportamento ético material do magistrado com base na denominada parcialidade positiva do juiz” (Souza, Artur César de. “A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano”. *Revista de Processo* n° 224, out./2013).

There is, moreover, a critical difference between a process like settlement, which is based on bargaining and accepts inequalities of wealth as an integral and legitimate component of the process, and a process like judgment, which knowingly struggles against those inequalities. Judgment aspires to an autonomy from distributional inequalities, and it gathers much of its appeal from this aspiration.⁴⁴

Merece lume, também, o ponto no qual Fiss discorre criticamente acerca da voz *autorizativa* do acordo. Com efeito, frequentemente há uma colisão de interesses entre a parte e seu representante, de maneira que este pode fazer prevalecer os seus em detrimento dos daquela. Assim, advogados/negociadores podem celebrar acordos que lhes são vantajosos, não obstante perniciosos ao seu cliente, o qual, desprovido de conhecimentos jurídicos, não deteria aptidão para valorar a conduta adotada em seu desfavor. Da mesma forma, em organizações, “the chief executive officer may settle a suit to prevent embarrassing disclosures about his managerial policies, but such disclosures might well be in the interest of the shareholders”.⁴⁵

No que aduz com a afirmação de Dinamarco no sentido de que a justiça informal é incentivada em virtude de sua aptidão para promover o *escopo pacificador* da jurisdição, Fiss faz a seguinte objeção: a finalidade da jurisdição não seria a otimização de fins privados, ou simplesmente assegurar a paz, senão efetivar valores encampados pelo ordenamento jurídico. Ou melhor, o seu objetivo maior seria a aplicação desses valores e a conformação da realidade em relação a eles. Em suas palavras:

"Civil litigation is an institutional arrangement for using state power to bring a recalcitrant reality closer to our chosen ideals. (...) Although the parties are prepared to live under the terms bargained for, and although such peaceful coexistence may be a necessary precondition of justice, and itself a state of affairs to be valued, it is not justice itself."⁴⁶

E, vinte e cinco anos após a publicação de *Against Settlement*, e à vista da repercussão e das críticas que lhe foram dirigidas, o autor ratifi-

44 *Ibidem*, p. 1.078.

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*, p. 1.089.

cou seu posicionamento em *The History of an Idea*. Nessa oportunidade, Fiss, após salientar que “the purpose of adjudication is not the resolution of a dispute, not to produce peace, but rather justice”, lecionou que:

"The bargaining that normally takes place between litigants - characterized, as I then assumed, by the pursuit of self-interest, imbalances of material resources, inequalities of information, and strategic behavior - has no connection to justice whatsoever. It is obviously not constitutive of justice, nor is it much of an instrument for achieving justice. On occasion, bargaining might produce a just outcome, just as the judicial process might sometimes fail and produce an unjust outcome. But there is no reason to presume that the outcome of the bargaining process - a settlement - is just. All we can presume of a settlement is that it produces peace - often a very fragile and temporary peace - and although peace might be a precondition for the achievement of justice, it is not justice itself."⁴⁷

Essas considerações de Fiss ecoaram em diversos juristas de tomo. É o caso, por exemplo, de Ugo Mattei, para quem ADR seria um mecanismo instituído à vista de uma situação de emergência artificialmente forjada com o intuito de mascarar projetos de dominação.⁴⁸

Para o Professor da Universidade de Torino, os meios alternativos são apresentados como a cura para a famigerada *explosão da litigiosidade* propagada pelas classes mais abastadas. Acerca desse fenômeno, é imperioso fazer uma parentética referência a Marc Galanter, autor de um clássico trabalho no qual se propôs a questionar o senso comum⁴⁹ no sentido de que os norte-americanos possuem uma propensão à judicialização das controvérsias.

⁴⁷ *"The History of an Idea"*, 78 *Fordham Law Review*, 2009, p. 1.277.

⁴⁸ *"Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development"*. In: Fassin, Didier; Pandolfi, Mariella (orgs.). *Contemporary states of emergency*. New York: Zone Books, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1472370>. Acesso em: 29.11.2014.

⁴⁹ "For almost a decade now, there has been increasing concern about the excessive legalization of American society. Many observers are convinced that America has suffered a hypertrophy of its legal institutions – manifested in the presence of too much law, too much lawyers, excessive expenditure on legal services, too much litigation, an obsessively contentious population enthralled with adversary combat, and an intrusive activist judiciary – and a concomitant erosion of community, decline of self-reliance and atrophy of informal self-regulatory mechanisms" (*"The day after the litigation explosion"*). 46, *Maryland Law Review* 3, 1986, p. 4/5).

Após salientar que, se fosse real o “unappeasable appetite” para o litígio, o aumento no número de processos deveria se verificar de forma generalizada, Galanter demonstra que o impacto da sociedade de massas nos *caseloads* se deu de forma díspare. Com efeito, apenas alguns campos temáticos sofreram um impacto significativo dos novos fenômenos sociais, econômicos e políticos. Assim, *v.g.*, nas Cortes Federais, entre 1975 e 1984, enquanto os casos de *products liability* aumentaram 272%, as demais categorias inseridas no *tort filings* tiveram um modesto acréscimo de 17%.⁵⁰

Lado outro, os casos de *recovery of overpayment* e *social security* recrudesceram, respectivamente, 6.682,7% e 412,9% nesse período, representando, somados, mais de 50% do acréscimo geral de processos. Galanter, a propósito, faz a seguinte observação:

*"Half of the total increase is accounted for by two giant increases – recovery cases and social security cases. Each is the result of deliberate and calculates official policy: to recover overpayment of veterans' benefits by litigation and to curtail disability benefits by summarily removing beneficiaries from the rolls."*⁵¹

À luz desses dados, Mattei sustenta que, malgrado os entusiastas do ADR o apresentarem como uma solução para a *explosão da litigiosidade*, a informalização da justiça está vinculada às tendências neoliberais.

Segundo sua linha de exposição, a partir dos anos 80 muitos países reduziram os investimentos em acesso à justiça como parte do processo de desmantelamento do Estado-Providência. Os cortes orçamentários, dessa forma, não se restringiram apenas à saúde, educação e moradia. Intuiu-se que, se o objetivo era a derrogação dos direitos que socorrem aos mais necessitados, dever-se-ia restringir a porta de acesso ao Judiciário. Em outras palavras: o direito à proteção jurídica, cuja denegação acarreta a de todos os demais - e, por isso, qualificado como um *direito charneira*⁵²- foi agarrado:

⁵⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁵¹ *Ibidem*, p. 17. A afirmação do autor pode ser corroborada por dados oriundos de outra obra de sua autoria: "Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review* v. 9, 1974, p. 106/107.

⁵² A expressão é da lavra de Boaventura de Souza Santos ("Introdução à sociologia da administração da justiça". *Revista de Processo* nº 37, jan.-mar./1985, p. 125).

"The demise of the welfare state has produced a decline in the ideal of access to justice for all - the same fate that has happened to access to education, health care, and other services. The irresistible development of ADR thus must be understood in connection with the demise of the welfare state. Ideological hostility to the welfare state, first in the United States and then all over the world, coincides with a new, postmodern phenomenon. As a response to the access to justice problem, the ADR industry promised a huge saving in welfare funds. The access problem was to be solved by denying it exists, with the extra advantage that the nonconformist man or woman loses the right to have a court rule on their case and perhaps can be cured of their unreasonableness and dissent."⁵³

Nessa linha de convicções, afirma Mattei que os meios alternativos se inserem dentro do projeto neoliberal, e, por conseguinte, não estão preocupados com o valor *justiça*. Assim como a *reengenharia* do Estado está associada ao interesse do mercado,⁵⁴ a privatização da justiça, travestida de composição suasória, atende aos escopos dos detentores de poder. Veja-se:

"ADR systematically favors the stronger economic and political interests against the weaker ones while at the same time effectively taming social dissent and silencing the demand for justice. The emergency here is the impossibility of delivering ordinary public access to justice and the consequent beneficial nature of any kind of private alternative."⁵⁵

O autor, em outro ensaio,⁵⁶ destaca que a solução privatista importa em menosprezar as virtudes da litigância adversarial em favor de uma ideologia da paz que apenas favorece aqueles que possuem poder de bar-

⁵³ "Emergency-Based Predatory Capitalism..." p. 17.

⁵⁴ Mattei elenca quatro ajustes estruturais como cernes dos Structural Adjustment Plans (SAPs) do Banco Mundial e do FMI: "First, let markets freely determine prices while reducing or eliminating all state controls. Second, transfer all resources held by the state to the private sector. Third, reduce the budget of the state as much as possible. And fourth, reform the courts and the bureaucracy in such a way as to facilitate the development of the private sector" (*Ibidem*, p. 21).

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ "Access to Justice. A Renewed Global Issue?" *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 11.3 (December 2007).

ganha. O que significa dizer que, em situações onde há disparidade de forças, a *pseudoconsensualidade* não passa de um arremedo para esvaziar as prateleiras do Judiciário.

Com efeito, a retirada dos litígios de massa do sistema adjudicatório faz com que os *repeat players*⁵⁷ não enfrentem as consequências jurídicas de suas ações, já que o seu arbítrio não se submete a um sistema equânime de aferição de responsabilidade. De um lado, o Direito perde o posto de referencial normativo como paradigma decisório para o consentimento viciado. E, de outro, a norma jurídica do caso concreto deixa de ser a emanção da vontade geral - uma das principais conquistas iluministas - para ser um ato formalmente consensual e substancialmente coercitivo. Após salientar que "the future of access to justice, in the original sense of granting equal opportunities to litigation for the rich and the poor, seem quite grim", Mattei afirma que:

*"The birth of the ADR industry, and the development of a professional class of mediators, not necessarily trained in the law and serving the interests of harmony and non-adversary social control, had transformed the issue of access to justice, by limiting as much as possible access to courts of law. This was accomplished by creating an alternative system not based on justice but on harmony and, most importantly, a system that was almost entirely privatized."*⁵⁸

As críticas, como se percebe, são contundentes. Ao seu lume, poder-se-ia dizer que obviar os meios alternativos em qualquer modalidade de conflito é a medida mais adequada. O Estado seria o melhor prestador do serviço de distribuição de justiça. À consensualidade forjada preferir-se-ia sempre a justa adjudicação.

Quer nos parecer, entretanto, que Fiss e Mattei podem ser conciliados com Dinamarco e Watanabe. Mas, para tanto, excessos de ambas as partes devem ser decotados. Não se trata de ser *contra* ou a *favor* dos meios suasórios. Conforme dissemos, o Direito, como a vida em geral, não se afina com *absolutos*. O de que se trata, portanto, é de precisar quando a justiça alternativa é virtuosa, o que, conforme demonstrar-se-á no próximo tópico, depende de circunstâncias contingenciais.

57 Galanter, Marc. "Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review* v. 9, 1974.

58 "Access to Justice...", p. 3.

4.3 Podando os excessos à procura de uma *terceira via*

No intuito de conciliar as posições antagônicas, é preciso fixar que a solução de compromisso passa pelo joeiramento dos casos em que arbitragem, mediação, conciliação, negociação devem ser adotados. Isso ocorre por uma simples razão: os meios alternativos devem ser aderentes à realidade subjacente ao litígio a fim de servir como instrumento de efetivação dos valores constitucionais. Nesse sentido, não apenas o direito material (reparação de danos oriundos de inadimplemento contratual) deve ser considerado, como, ainda e sobretudo, as partes do caso (o contrato se passa entre duas multinacionais ou, ao revés, entre uma imobiliária e o adquirente).

Perceba-se que, no primeiro caso, as empresas sentam-se paritariamente na mesa de negociações. Não há, evocando as lições de Fiss, hipossuficiência informacional, de sorte que os contendores podem antecipar probabilisticamente o resultado da adjudicação e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo. De outro lado, não há uma necessidade premente de reparação dos danos sofridos, de maneira que ambas as partes podem provisionar recursos e aguardar pacientemente o trânsito em julgado. E, por fim, as multinacionais não se veem constrangidas pelos custos do litígio, podendo arcar com onerosas perícias e renomados escritórios de advocacia.

No segundo, conquanto se tenha igualmente uma hipótese de inadimplemento contratual, as assertivas do parágrafo anterior não podem ser reiteradas. Ou melhor, o podem mas apenas para a imobiliária. E é aqui que se encontra o *calcanhar de Aquiles* da justiça alternativa. Nesse caso, o conflito deve, salvo alguma particularidade da relação jurídica de direito material (imobiliária *versus* comprador-construtora), passar pela via adjudicatória. Se o litígio não for solucionado sob o pálio de um processo civil envernizado com a tinta da efetividade social, a desigualdade fática vai resultar num acordo divorciado da pauta constitucional. A *paridade de armas*, como se sabe, é pressuposto da justiça. Conforme ensina Michele Taruffo, não se pode dissociar o conceito de *giudizio* com o de igualdade material das partes:

"Altrettanto difficile sarebbe ritrovare un giudizio nella decisione di un giudice corrotto, ovvero in quella del giudice che si limitasse a ratificare la vittoria di chi ha più denaro, o di chi prevale in una prova di forza (come accadeva ai tempi del

duello giudiziario), o di abilità (come accade nel caso dei peggiori duelli avvocateschi), o di chi gode de uno status privilegiato, o di chi è innocente per definizione per meriti politici, e così via elencando".⁵⁹

Saliente-se que essa ponderação não passou despercebida ao precursor do mais festejado movimento de reforma da Justiça Civil. Como é cediço, a terceira onda renovatória do acesso à justiça - "novo enfoque de acesso à justiça"⁶⁰-, consiste em uma proposta de reformulação sistêmica dos meios de solução de conflitos, com ênfase na consensualidade. Nada obstante isso, Cappelletti, após salientar que "há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de 'segunda classe', são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso",⁶¹ afirma que isso não ocorre sempre. Exemplifica com os assuntos de direito de família, nos quais o movimento feminista norte-americano afirma que "se atua com frequência de modo bem pouco equitativo para com as mulheres".⁶²

Vittorio Denti, de sua parte, também se mostrou preocupado com o a justiça informal no caso de disparidade de poder entre as partes. Veja-se:

"Esiste infatti il rischio che il ricorso a metodi alternativi impliciti - insieme ad una riduzione dei tempi di soluzione delle liti - anche una riduzione delle garanzie che il processo, pur con i suoi tempi e le sue inefficienze, è in grado di offrire alle parti. Ciò vale in particolare quando queste procedure coinvolgono le cc.dd. parti deboli (consumatori, minoranze, ecc.) le quali, in sede conciliativa, sono maggiormente esposte, rispetto a quanto avviene nel processo giurisdizionale, al

⁵⁹ "Giudizio: processo, decisione". Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile, Bologna: Ed. Mulino, 2002, p. 168.

⁶⁰ "Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos 'o enfoque do acesso à justiça' por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso" (Cappelletti, Mauro; Garth, Byrant . Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 67/68).

⁶¹ "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça". Revista de Processo n° 74, 1994, p. 90.

⁶² *Ibidem*, p. 91. Em outra passagem, ensina Cappelletti que: "Isso suscita questão básica acerca do emprego generalizado de ADR e procedimentos simplificados: eles podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não haja 'paridade de armas' entre os litigantes" (*ibidem*).

rischio di abusi ad opera delle parti dotate di maggior potere contrattuale."⁶³

À luz dessas considerações, pode-se afirmar que os meios alternativos devem ser fomentados apenas no bojo de relações paritárias, sob pena de eliminação de controvérsias de forma antagônica aos valores constitucionais. A mediação/conciliação, firme-se o ponto, não podem ser instrumentos à disposição da parte mais forte para fins de expropriação de direitos. A esse propósito, recorde-se lição de Boaventura de Souza Santos no sentido de que em Nova Iorque, após a criação do tribunal de habitação destinado a resolver de modo consensual os conflitos entre inquilinos e senhorios, o número de despejos aumentou.⁶⁴

Dinamarco, conforme destacado anteriormente, afirma que não importa se os meios alternativos são ou não fiéis ao direito material. À primeira vista, poder-se-ia imaginar que nas dobras da justiça informal haveria uma espécie de substituição do juízo de legalidade por um juízo de equidade. E, se assim fora, não objetaríamos. Mas o de que se trata é de um desapossamento travestido de consenso nas hipóteses em que há desequilíbrio de poder. Escamoteia-se a injustiça com a veste da informalidade. Um ponto de vista, impositivo de um acordo de adesão, prevalece sobre o outro.

Além disso, a perda do referencial normativo como paradigma decisório gera sérios riscos para a pacificação social. Se esse escopo já é discutivelmente alcançado para o litigante subjugado, do ponto de vista macrosocial a informalização da justiça pode fomentar surpreendentemente a violação dos direitos.

Isso porque, se os particulares estão imersos em processos resolutivos à revelia das normas positivas, "a primazia cabe ao acordo interindividual, que pode, inclusive, contraditar o direito geral", conforme salienta Alexandre Veronese.⁶⁵ Ou seja: o que vai disciplinar o comportamento social não será a lei editada pelos representantes populares, senão aquela outorgada pelo *repeat player* sob o pálio da fabulosa consensualidade. Fácil concluir que, nesse contexto de *deslegalização*, haverá uma "ruptura

63 *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 159.

64 "Introdução à sociologia da administração da justiça". *Revista de Processo* nº 37, jan-mar/1985, p. 135.

65 "Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais". *Revista Direito GV* v. 3 n. 1, jan.-jun./2007, p. 30.

de padrões mínimos de observância de condutas no cotidiano”,⁶⁶ já que os atores socialmente hegemônicos serão incentivados a descumprir as leis à vista da possibilidade de impor a sua *vontade de poder*.

Dessa forma, a longa caminhada evolutiva do Direito no sentido de um sistema de normas gerais, abstratas e impessoais pode sofrer grave revés em face de um processo descriterioso de informalização. Para que esse direito *estamental* não prevaleça, portanto, as partes devem se situar em um plano paritário. Devem, como se costuma dizer, *falar de igual para igual*.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar o Código de Processo Civil em sua versão aprovada pelo Senado Federal em 17 de dezembro de 2014.

5. O NOVO CÓDIGO E A *LEX MERCATORIA*

Conforme salientado, o novo diploma processual destaca-se, em relação ao CPC/73, pela ênfase dada aos meios suasórios de composição de conflitos. Se antes o paradigma adjudicatório era nitidamente predominante, no novo *codex* se percebe uma nítida mudança de perspectiva. A solução imperativa das desavenças, portanto, deixa de ser o remédio-padrão do ordenamento jurídico.

O diploma recém aprovado, de forma inovadora, após prever que o mediador e o conciliador judicial são auxiliares da justiça (art. 149), dispõe que:

"Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.

⁶⁶ *Ibidem*.

§ 3º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 4º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos."

Não se requer grande esforço para se compreender que o diploma desconsidera a necessidade de, à vista das relações díspares de poder entre as partes, dar tratamento adequado ao litígio. É preciso destacar que o critério utilizado pelo legislador para definição dos casos que se submetem à conciliação/mediação é equivocado.

Segundo o novo CPC, o conciliador atuaria nos casos em que *não tiver havido vínculo anterior entre as partes*. O mediador, por sua vez, naqueles em que *tiver havido vínculo anterior*. Não se diz, veja-se, uma palavra sequer acerca do eventual desequilíbrio de armas entre os litigantes. Ademais, sublinhe-se que o mediador/conciliador não detém poderes para coibir a exploração da parte mais frágil,⁶⁷ de modo a corroborar a percepção de que esta se encontrará relegada à própria sorte por ocasião do entabulamento do acordo.

O legislador, de fato, ignorou a mais importante discussão que permeou o estudo dos *Alternative Dispute Resolution* nos Estados Unidos nos últimos trinta anos. A polêmica noticiada no item anterior, aliás, sequer constou da Exposição de Motivos da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil.

Os meios alternativos, o temos dito *ad nauseam*, não podem ser fomentados para hipóteses em que as partes não estão em situação de paridade. Nesse sentido, saliente-se que Teresa Arruda Alvim Wambier,

67 A despeito do acerto da tese de Marc Galanter no sentido de que a força organizacional dos *repeat players* influencia o resultado dos julgamentos ("Why the 'haves' come out ahead? Speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review* v. 9, 1974; Wheeler, Stanton. *et al.* "Do the 'haves' come out ahead? Winning and losing in state supreme courts", 1870-1970. 21 *Law and Society Review* 403, 1987), não se pode descurar que a autonomia dos tribunais - no sentido de independência das forças sociais -, em virtude dos predicamentos da magistratura, é significativamente maior do que a dos auxiliares de justiça.

em caudaloso estudo acerca da mediação no direito comparado, afirma que na Espanha: “Some express exclusions are based on the fact that there is ‘an initial imbalance in the positions of the parties’. This is considered to happen in criminal, consumer and labour mediation, among others”.⁶⁸

A fábula de que a justiça consensual detém - invariavelmente - aptidão para alcançar resultados justos é de uma alegoria tamanha que, contra-argumentar, neste passo da exposição, representaria um estipêndio ocioso que nos dispensamos de fazê-lo. Fazemos nossas, portanto, as lições de Grinover:

"Mas há um argumento, levantado por Michele Taruffo, que me inquieta: o mediador/conciliador não saberia lidar com conflitos em que há desequilíbrio entre as posições das partes, como sabe fazer o juiz, e isto levaria a acordos injustos, de certa forma impostos à parte mais fraca, com a complacência do terceiro facilitador. A crítica de Michele Taruffo não se baseia em meras hipóteses ou fantasias. A prova disto está em diversas práticas de mediação/conciliação que se utilizam em nosso país: a conciliação na Justiça do Trabalho é de índole matemática: pediu tanto, aceite 50% e recebe logo. Nas causas previdenciárias, quando o INSS está convencido de que o segurado tem razão, não resolve a questão administrativamente mas vai à conciliação para oferecer 70% da importância devida: outra importância tarifária. E no campo do consumidor, nos assim chamados "mutirões de conciliação", o credor simplesmente oferece uma proposta fechada, para renegociar a dívida (e o pior é que com isto obtém um título executivo, que antes da negociação não existia). Os exemplos acima demonstram que, em situações de desequilíbrio, a Justiça conciliativa não funciona, seja ela conduzida pelo juiz ou pelo terceiro-facilitador. Talvez minha conclusão seja drástica demais, mas reafirmo minha posição no sentido de que a almejada pacificação não pode ser buscada a qualquer preço, e se a Justiça conciliativa nada mais é do que um meio de acesso à Justiça, não podem ser admitidas soluções injustas para a parte mais fraca."⁶⁹

68 "Mandatory mediation: Is it the best choice?" *Revista de Processo* n° 225, nov./2013, p. 431.

69 **Justiça conciliativa**. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

Nos termos em que se encontra o novo CPC, percebe-se que os meios alternativos ao processo são incentivados porque o Judiciário não está se desincumbido do seu dever de prestar uma tutela jurisdicional célere, tempestiva e adequada. Firmada a premissa de que a qualidade do serviço ofertado é insatisfatória, resolve-se o problema a partir de estratégias indiferentes à sorte do direito material.

Não se ataca a origem da crise: combate à cultura demandista, fortalecimento da cidadania, reforma da administração judiciária, informatização, capacitação do quadro técnico, subutilização do processo coletivo, enfrentamento das causas pré-processuais de uma litigância excessiva etc. O que importa é a celeridade. O desafogamento dos empoeirados escaninhos. A injustiça decorrente de um acordo de adesão, não.

O que se depreende dessa linha de exposição é que ela reside em uma razão instrumental, e não em um imperativo de justiça, o ponto de partida para a promoção dos meios alternativos. Não é a necessidade de “adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial”⁷⁰ o que norteia o novo Código de Processo Civil, senão o escopo de, por vias oblíquas, pôr termo indiscriminadamente aos conflitos sociais. E isso nada mais é do que a instituição, em pleno século XXI, de uma nova feição da *lex mercatoria*. ❖

6. BIBLIOGRAFIA

Amadeo, Rodolfo da Costa Manso Real; Huck, Hermes Marcelo. "Árbitro: juiz de fato e de direito". **Revista de Mediação e Arbitragem** n° 40, jan.-mar./2014.

Basílio, Ana Tereza Palhares. Muniz, Joaquim de Paiva. "Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social". **Revista de Arbitragem e Mediação** n° 13, abril/2007.

Bueno, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

Cambi, Eduardo; Farinelli, Alisson. "Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil". **Revista de Processo** n° 194, abril/2011.

Cappelletti, Mauro; Garth, Byrant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁷⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 150.

_____ "Acesso à justiça e a função do jurista". **Revista de Processo** nº. 61, jan.-mar./1991.

_____ "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça". **Revista de Processo** nº 74, 1994.

_____ "Tutela dos interesses difusos". **Revista Ajuris** nº. 33, v. 13, mar/1995.

Carmona, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

"Cartwright, Bliss. et al. *Do the Haves Come out Ahead - Winning and Losing in State Supreme Courts*", 1870-1970, 21 **Law and Society Review** 403, 1987.

Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Denti, Vittorio. **La giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 1989.

Dinamarco, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. V. 1 e 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Farinelli, Alisson; Cambi, Eduardo. "Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil". **Revista de Processo** nº 194, abril/2011.

Fiss, Owen. "*Against Settlement*", 93 **Yale Law Journal**, may/1984.

_____ "*The History of an Idea*", 78 **Fordham Law Review**, 2009.

Friedman, Lawrence M. "Litigância e sociedade". Trad. Tatiana Mesquita. **Revista de Direito Administrativo** v. 263, maio-ago/2013.

_____ et al. "*Do the Haves Come out Ahead - Winning and Losing in State Supreme Courts*", 1870-1970, 21 **Law and Society Review** 403, 1987.

Galanter, Marc. "*The day after the litigation explosion*". 46, **Maryland Law Review** 3 (1986).

_____ "*Why the 'haves' come out ahead? Speculations on the limits of legal change*". **Law and Society Review** v. 9, 1974.

Garth, Byrant; Cappelletti, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

Greco, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil". **Revista de Processo** n° 164/2008.

Grinover, Ada Pellegrini. _____ **Justiça conciliativa**. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

_____. **Novas Tendências do Direito Processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____.; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Hazard Jr, Geoffrey C; Taruffo, Michele. **American Civil Procedure – an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993.

Huck, Hermes Marcelo; Amadeo, Rodolfo da Costa Manso Real. "Árbitro: juiz de fato e de direito". **Revista de Mediação e Arbitragem** n° 40, jan.-mar./2014.

Kagan, Robert A. *et al.* "Do the Haves Come out Ahead - Winning and Losing in State Supreme Courts", 1870-1970, 21 21 **Law and Society Review** 403, 1987.

Machado, Rafael Bicca. "A arbitragem como 'saída' do Poder Judiciário? (Algumas relações entre Direito e Economia com apoio em Albert Hirschman." *In*: Jobim, Eduardo; _____ (coords). **Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011.

Marinoni, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

Mattei, Ugo. "Access to Justice. A Renewed Global Issue?" **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 11.3 (December 2007).

_____. "Comparative Law and Critical Legal Studies". **University of California Hastings College of the Law**, october/2006. Disponível em: http://works.bepress.com/ugo_mattei/32. Acesso em: 14.11.2014.

_____. "Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development." *In*: Fassin, Didier; Pandolfi, Mariella (orgs.). **Contemporary states of emergency**. New York: Zone Books, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1472370>. Acesso em: 29.11.2014.

Mello, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do Fato Jurídico. Plano**

da Existência. 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

Moreira, José Carlos Barbosa. "O futuro da justiça: alguns mitos". **Revista de Processo** nº 102, abr.-jun./2001.

Muniz, Joaquim de Paiva; Basílio, Ana Tereza Palhares. "Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social." **Revista de Arbitragem e Mediação** nº 13, abril/2007.

Paumgartten, Michele; Pinho, Humberto Dalla Bernardina. **Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça.** Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 25.09.2014.

Pereira, Marivaldo de Castro. Entrevista ao Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-19/entrevista-marivaldo-pereira-secretario.reforma-judiciario>. Acesso em: 28.09.2014.

Pinho, Humberto Dalla Bernardina "A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil." Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 09.08.2014.

_____; Paumgartten, Michele. "Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça." Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 26.09.2014.

Pugliese, Antonio Celso Fonseca; Salama, Bruno Meyerhof. "A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor." *In*: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). **Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Rebouças, Gabriela Maia. "Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça." Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3578.pdf>. Acesso em: 28.09.2014

Rosemberg, Maurice. "*The Federal Civil Rules After Half a Century*". **Maine Law Review** v. 36, 1984.

Salama, Bruno Meyerhof; Pugliese, Antonio Celso Fonseca. "A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor." *In*: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). **Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Santos, Boaventura de Souza. "Introdução à sociologia da administração da justiça." **Revista de Processo** nº. 37, jan.-mar./1985.

Souza, Artur César de. "A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano." **Revista de Processo** n° 224, out./2013.

Taruffo, Michele; Hazard Jr, Geoffrey C. **American Civil Procedure – an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993.

Veronese, Alexandre. "Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais." **Revista Direito GV** v. 3 n. 1, jan.-jun./2007.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. "*Mandatory mediation: Is it the best choice?*" **Revista de Processo** n° 225, nov./2013.

Watanabe, Kazuo. "Acesso à justiça e sociedade moderna". In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; _____. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988.

_____. "Modalidade de Mediação". In: **Série Cadernos do CEJ** n° 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011.

_____. "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses". Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.11.2014.

Wheeler, Stanton. *et al.* "*Do the 'haves' come out ahead? Winning and losing in state supreme courts*", 1870-1970. 21 **Law and Society Review** 403, 1987.

Direito à Moradia como Direito da Personalidade

Marco Aurélio Bezerra de Melo

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Civil e do Consumidor. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil. Membro do Fórum Permanente de Direito do Consumidor da EMERJ. Conferencista do Instituto de Pesquisas Jurídicas (IPEJUR).

Thaís Boia Marçal

Mestranda em Direito da Cidade pela UERJ. Advogada no Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: 1. Direitos da personalidade; 1.1. Conceito de direito da personalidade; 1.2. Direitos da personalidade e direitos fundamentais; 1.3. Cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana; 2.1 Direito à moradia e dignidade da pessoa humana; 2.2. Implicações práticas da classificação do direito à moradia como direito da personalidade; 2.2.1. Direito à Moradia e a Função Social da Propriedade; 2.2.2. Direito à Moradia e a Função Social da Posse; 2.2.3 Direito à Moradia e Direito à Cidade; 2.2.4. Direito à Moradia e Direito ao Meio Ambiente; 2.2.5. Da exigibilidade do Direito à Moradia; 3. Síntese Conclusiva.

RESUMO: O direito à moradia está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, a qual, por sua vez, é o fundamento axiológico dos direitos da personalidade, o que permite inserir tal direito, com base na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, na mencionada categoria de direitos.

PALAVRAS-CHAVES: Direito à Moradia. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos da Personalidade. Cláusula Geral de Tutela da Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: The right to housing is inextricably linked to human dignity, which, in turn, is the axiological foundation of personal rights, which allows you to insert such a right, based on the general clause on protection of the dignity of the human person, in mentioned category of rights.

KEYS-WORDS: Right to Housing. Dignity of the Human Person. Personality Rights. Clause General Protection of Human Dignity.

1. DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1. Conceito de Direito da Personalidade

Inicialmente, cumpre analisar os fundamentos históricos dos direitos da personalidade, a fim de tornar possível fundar premissas atuais do modo mais preciso possível.

Segundo Carlos Alberto Bittar, “a construção da teoria dos direitos da personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao Cristianismo, em que se acentuou a ideia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção dos direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana a ela unidos indissolavelmente e pré-existentes ao reconhecimento do Estado; e c) aos filósofos e pensadores do Iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo frente ao Estado.”¹

Em tempo, a consagração da concepção contemporânea de direitos da personalidade encontra marco na modificação que se operou nos sistemas jurídicos do pós-guerra do século XX, muito embora se possa dizer que a construção dos direitos da personalidade se confunde com a construção dos direitos fundamentais², conforme se tratará em capítulo próprio dedicado a tal temática.

Firmados tais fundamentos históricos, pode-se observar que a doutrina, comumente, atribui duas dimensões aos direitos da personalidade: objetiva e subjetiva.

O direito objetivo de personalidade pode ser compreendido como a regulação jurídica relativa à defesa da personalidade consagrada, quer

¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 19.

² CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade** – disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 253.

no direito supranacional, na lei constitucional, na lei ordinária, cuja *ratio* se funda em razões de ordem pública e de bem comum, sendo esta alheia à autonomia privada.³

No tocante à tutela subjetiva da personalidade, observa-se que esta não se trata de um dever geral de respeito, mas, primordialmente, de um direito subjetivo de defender a dignidade própria, exigindo o seu respeito e se valendo dos meios juridicamente lícitos que se façam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa tenha êxito. Os referidos meios podem ser traduzidos em poderes jurídicos que existem na titularidade de cada indivíduo, ou seja, são inerentes à sua qualidade humana e cujo exercício é livre e depende da autonomia de cada um.⁴

Diante de tal panorama, pode-se perceber que o ser humano, entendido como conjunto, é protegido contra a ingerência de terceiros por um direito geral de personalidade que salvaguarda o seu e as funções. O aludido “direito geral da personalidade é reconhecido na doutrina alemã, pelo menos desde a primeira metade do século XIX, por PUCHTA; na segunda metade NEUNER entendia por direito à personalidade o direito da pessoa a ser o seu próprio fim, afirmar-se e a desenvolver-se como fim de si mesma. Incluiria, tal direito, o domínio do corpo, das faculdades espirituais e nomeadamente, a liberdade de se deslocar no espaço, de escolher o domicílio e a religião.”⁵

Sem embargo, Pietro Perlingieri afirma que “a personalidade não é um direito em si, mas um valor que embasa uma série aberta de situações existenciais, fator que exige uma proteção jurídica dinâmica e elástica da personalidade como valor.”⁶

Contemporaneamente, a respeito do tema direitos da personalidade, distinguem-se duas concepções que visam a reconhecer um “direito geral da personalidade” ou, ao contrário, uma pluralidade de direitos da personalidade. No âmbito das concepções chamadas ‘atomísticas’, defrontam-se teorias que sustentam a existência de uma série aberta de direitos da personalidade (atipicidade) ou fechada (tipicidade). A contraposição entre tipicidade e atipicidade, portanto, encerra opções ideológicas e culturais.⁷

3 VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 50.

4 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Op. Cit.*, p. 52.

5 CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da Personalidade**. Coimbra: BFD, 1992, p. 48.

6 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155-56.

7 Idem. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 762.

Em respeito ao pós-positivismo, conclui-se que deve ser rompida a ótica tipificadora e interpretar tais preceitos como expressão da cláusula geral de tutela da personalidade que, na legislação brasileira, encontra-se consubstanciada na Constituição Federal nos seus artigos 1º, III, 3º, III, 5º, § 2º.⁸

Com base em tal ideia, percebe-se que não existe um número fechado de hipóteses tuteladas, haja vista que tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. Com isso, a elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas fundadas no interesse à existência e no livre exercício das relações.⁹

Frise-se que o ordenamento jurídico não está cerrado na tutela de certas situações típicas, mas permite estender a tutela da personalidade a situações atípicas¹⁰, em consonância com as exigências do mundo contemporâneo e a diversidade de orientações que, nos vários países, clamaram os juristas a dar maior ênfase ao assunto e os legisladores a regular matéria que na órbita internacional mereceu acolhida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.¹¹

Fixada tal premissa, dentro da sistemática organizacional, os direitos da personalidade distribuem-se em duas categorias gerais: adquiridos, por um lado, e inato, por outro lado. Os ‘adquiridos’ (como decorrência do status individual) existem nos termos e na extensão de como o direito os disciplina. Os ‘inatos’¹² (como o direito à vida, o direito à integridade física e moral), sobrepostos a qualquer condição legislativa, são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis: absolutos, porque oponíveis *erga omnes*, irrenunciáveis, porque estão vinculados à pessoa de seu titular. Intimamente vinculados à pessoa, não pode, de regra, esta abdicar deles, ainda que para subsistir; intransmissíveis, porque o indivíduo goza de seus atributos sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito como oneroso; imprescritíveis, porque sempre poderá o

8 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31.

9 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 156.

10 MARTINS-COSTA, Judith. “Os direitos fundamentais e opção culturalista do novo Código Civil”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 79.

11 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 241.

12 Vale a citação da crítica formulada por Erouths Cortiano Junior ao afirmar que “a figura do direito subjetivo serviu como pano de fundo para a proteção da personalidade, como se utilizasse uma velha roupa para vestir uma nova pessoa”. Segundo o autor, teria sido conferido tratamento a tal categoria de direitos como um terceiro gênero do direito subjetivo, que se classificava como extrapatrimonial, mas absoluto (e, além disso, com outra diferenciação: direitos inatos do homem).”

titular invocá-los, mesmo que por largo tempo deixe de utilizá-los.”¹³

Por fim, pode-se definir os direitos da personalidade como um conjunto de bens que são tão próprios do indivíduo, que chegam a se confundir com ele mesmo e constituem as manifestações da personalidade do próprio sujeito.¹⁴

1.2 Cláusula Geral de Tutela da Dignidade da Pessoa Humana

Inicialmente, cumpre definir o que se entende pela expressão “dignidade da pessoa humana”.

Pois bem.

“Na Antiguidade, a dignidade da pessoa humana pressupunha uma sociedade estratificada e denotava nobreza, aristocracia e a condição superior de algumas pessoas sobre outras. Ao longo dos séculos, contudo, com o impulso da religião, da filosofia e da Política, uma ideia diferente de dignidade foi sendo desenvolvida – a dignidade humana, destinada a assegurar o mesmo valor intrínseco para todos os seres humanos e o lugar especial ocupado pela humanidade no universo”¹⁵

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶, trata-se de qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Na literatura sobre os direitos da personalidade, é comum considerar a dignidade da pessoa humana como cláusula geral remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. A referida funcionaliza as situações jurídicas patrimoniais, a fim de garantir aquelas de cunho eminentemente existencial, realizando, assim, um processo verdadeiro de inclusão social com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos.”¹⁷

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 242.

14 BELTRÃO, Sílvia Romero. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 3.

15 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 112.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

17 TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, abr./jun. 2000.

Pode-se perceber que a cláusula geral de tutela da personalidade restou positivada no texto constitucional nos artigos 1º, III (a dignidade humana como valor fundamental da República), 3º, III (igualdade substancial), e 5º, § 2º (mecanismo de expansão do rol dos direitos fundamentais). Com base nos referidos dispositivos, deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana, a fim de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previsto pelo legislador codificado.¹⁸

Esta ideia de um direito geral de personalidade corresponde à percepção da natureza ilimitada e ilimitável da personalidade humana, não sendo possível prefigurar as inesgotáveis manifestações da subjetividade humana em um catálogo infenso à dinâmica temporal e espacial do contexto cultural geral.¹⁹

Nessa quadra, para além dos direitos fundamentais de personalidade, expressamente previstos no texto constitucional, não é apenas possível, como juridicamente necessário, fundamentar diversos outros direitos de personalidade no próprio sistema normativo constitucional, nos princípios e regime adotados pela lei fundamental acerca dos direitos fundamentais, consoante permite a cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais do § 2º do art. 5º.²⁰

Os direitos da personalidade devem servir de “instrumento de promoção e emancipação da pessoa, considerada em qualquer situação jurídica que venha a integrar contratual ou extracontratualmente, quer de direito público quer de direito privado.”²¹

Nessa toada, convém, em suma, que se considere existente no próprio texto do Código Civil de 2002, mais precisamente em seu art. 12, *caput*, a aludida cláusula geral, a fim de que dela se possa ter mecanismos efetivos de defesa dos direitos da pessoa sem a necessidade de recorrer – a todo o momento – à esfera constitucional.²²⁻²³

18 Idem. "Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002". *Revista Forense*, ano 98, v. 364, nov./dez. 2002, p. 118.

19 MELLO, Cláudio Ari. "Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 88.

20 *Ibidem*, p. 80.

21 TEPEDINO, Gustavo. "Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002". *Revista Forense*, ano 98, v. 364, nov./dez. 2002, p. 118.

22 ANDRADE, Fabio Siebeneichler. "Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 108.

23 Percebe-se que o Código Civil de 2002 veio suprir uma lacuna do ordenamento jurídico pátrio, haja vista que, no

Nessa quadra, pode-se concluir que a dignidade humana, uma vez proclamada como valor fundamental dos sistemas jurídicos do Século XX, é a base axiológica de afirmação e tutela dos direitos da personalidade.²⁴

1.3 Direitos da Personalidade e Direitos Fundamentais

Na origem, pode-se destacar que “os autores divisam, no plano privado, manifestações isoladas de proteção da personalidade em diversas épocas: no direito romano, através da *actio injuriarum*. No século XIII, a Carta Magna da Inglaterra no âmbito público continha o reconhecimento de direitos próprios do ente humano frente aos detentores do Poder.”²⁵

No que se refere à sistemática dos direitos fundamentais, observa-se que estes apresentam uma série de figuras que desfrutam de proteção noutros níveis, várias disciplinas que vão desde o Direito de personalidade ao Direito penal, ao Direito público e ao Direito do trabalho, quando se atente a materialidade dos bens neles em jogo, ou na substancialidade das soluções se propiciem.²⁶

É justamente o que ocorre com os direitos da personalidade quando analisados em conjunto com os direitos fundamentais.

Explica-se.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais são considerados os direitos de personalidade no Direito Público. Enquanto os direitos de personalidade são os direitos fundamentais no Direito Privado.²⁷

Segundo essa visão, os direitos de personalidade, via de regra, seriam direitos fundamentais previstos, explícita ou implicitamente, nas constituições ocidentais.²⁸

Contudo, a pessoa, à luz do sistema constitucional pátrio, requer proteção integrada, que supere a dicotomia Direito Público e Direito Pri-

âmbito infraconstitucional, inexistiam normas específicas acerca dos direitos da personalidade. Dizia-se que esses poderiam ser depreendidos implicitamente do Código Civil de 1916. Cf. VIANA, Juvêncio Vasconcelos; MONTEIRO, Arthur Maximus. "Direitos da Personalidade e sua tutela processual". *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 77, p. 49.

24 GEDIEL, José Antônio Peres; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. "Dos Códigos às Constituições: os direitos fundamentais da personalidade". In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Direito Privado e Constituição – Ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 62.

25 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 18-19.

26 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, n. 1 (Parte Geral), Tomo I. Coimbra: Almedina, 1999, p. 159.

27 MIRANDA, Jorge. *Ciência Política*, II. Lisboa, p. 213.

28 MELLO, Cláudio Ari. *Op. Cit.*, p. 87.

vado, de modo a permitir o atendimento à cláusula geral fixada pelo texto maior, qual seja, a promoção da dignidade humana.²⁹

José Joaquim Gomes Canotilho³⁰ reconhece que, em face da formulação da ideia da cláusula geral de proteção da personalidade, hoje em dia, cada vez mais, os direitos fundamentais do cidadão tendem a ser considerados direitos da personalidade e vice-versa.³¹

Dessa forma, conclui-se, a princípio, que os direitos da personalidade designam direitos privados fundamentais, os quais devem ser respeitados como o conteúdo mínimo para a existência da pessoa humana, impondo limites à atuação do Estado e dos demais particulares.³²

Sem embargo, tal correlação automática, não parece ser a mais adequada, sendo mais razoável considerar que, pelo menos, a maior parte dos direitos de personalidade poderia ser considerado como oriundo de uma versão privatística de direitos fundamentais *stricto sensu*; sendo verdadeiros direitos fundamentais com ou sem 'duplicação' em sede de constituição formal, porque não deve ser esquecida a fundamentalidade material.³³

29 TEPEDINO, Gustavo. "A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro." In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 50.

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constituição e Teoria da Constituição**. 4ª Edição. Coimbra: Almedina, p. 390.

31 Em sentido contrário, confira-se: "a tutela dos direitos fundamentais da pessoa na Constituição tem origem e finalidade na necessidade de criar limites ao poder político na sua capacidade para ofender a pessoa, como indivíduo e cidadão. A tutela jurídica funda-se na lei e depende dela. Os direitos da personalidade são um reconhecimento da dignidade da pessoa, apesar e além das relações de poder, e devem ser respeitados, independentemente de qualquer formalismo, positividade ou tipicidade." Cf. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. "Considerações genéricas sobre os direitos da personalidade". **Revista CEJ**, nº 25, p. 71. Contudo, esta concepção não parece se coadunar com a noção de direitos materialmente fundamentais, que independem de qualquer positividade, devendo ser levado em consideração o seu conteúdo. Perfilhando tal premissa, Ingo Sarlet sustenta que a fundamentalidade material implica análise do conteúdo dos direitos, ou seja, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da Sociedade, sendo certo que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que, como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a Constituição Federal (art. 5º, § 2º) admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), com ou sem assento na Constituição, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo dos direitos fundamentais. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 267-268. Assim, os direitos fundamentais podem ser definidos por uma dimensão objetiva e subjetiva. Ainda segundo Ingo Wolfgang Sarlet, "a noção de uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais engloba a possibilidade do titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradoradora do direito fundamental em questão, ainda que tal exigibilidade seja muito variável e careça de uma apreciação à luz de cada direito fundamental em causa, dos seus limites, entre outros aspectos a serem considerados." Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 295. Em tempo, "a dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais consagram os mais importantes valores partilhados numa comunidade política." Cf. SARMENTO, Daniel. "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria". In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Volume XII – Direitos Fundamentais, p. 331.

32 BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 24.

33 CUNHA, Paulo Ferreira da. "Direitos de personalidade, figuras próxima e figuras longínquas". In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Anuário 2004/2005, v. 1, tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 182.

Nesse sentido, importa frisar, que a maior parte dos direitos da personalidade mencionados pelo Código Civil brasileiro encontra previsão expressa no art. 5º do texto constitucional, sendo certo que, mesmo os que não contam com previsão explícita nesse dispositivo, são sempre referidos como consectários da dignidade humana, protegida no art. 1º, III, da Constituição.

Os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais. Contudo, nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, já que o rol constitucional se propõe a assegurar proteção também a outros interesses de cunho patrimonial e de cunho coletivo, que, embora também possam encontrar relação indireta ou remota com a proteção da pessoa, não são considerados atributos essenciais à condição humana, não se qualificando, portanto, como direitos da personalidade³⁴, pois “um como outro concernem a fatores essenciais à própria dignidade da pessoa humana, que não apenas é fundamento da República, como é também valor básico do próprio sistema constitucional de direitos fundamentais.”³⁵

2. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Diante dos argumentos apresentados acerca da relação entre os direitos da personalidade e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, pode-se observar que, principalmente a partir da constitucionalização do direito civil, é possível classificar o direito à moradia como direito da personalidade, e, por consequência, merecendo a mesma proteção dos demais direitos da personalidade.³⁶ Senão, veja-se.

O local de moradia é bem jurídico autônomo, ainda que tenha por função a tutela da privacidade, da intimidade ou da identidade pessoal. Com isso, não há dúvida de que o espaço de morada é primordial ao desenvolvimento da personalidade.³⁷

Dessa forma, além das diversas manifestações do direito à moradia, no caso da integridade física, psíquica ou moral, é ele um dos direitos da personalidade intimamente ligado à integridade pessoal, de forma que toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral para o exercício do direito adequado de moradia.³⁸

34 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Atlas, 2011, p. 13.

35 MELLO, Cláudio Ari. *Op. Cit.*, p. 80-81.

36 AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 120-121.

37 MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à Moradia**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 132-133.

38 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas.

Frise-se que compreender o direito à moradia, em razão da absoluta essencialidade do bem, como direito da personalidade, podendo a moradia ser entendida como manifestação da identidade pessoal, da privacidade, de intimidade, como expressão do direito ao segredo, como valor imprescindível à dignidade da pessoa humana, não faz com que haja confusão do aludido direito com os mencionados valores ou bens, o que permite que este detenha natureza jurídica autônoma em relação àqueles.³⁹

Tal conclusão pode ser extraída da doutrina e da jurisprudência (majoritária) francesa, italiana e suíça no momento em que é defendida a necessidade de o indivíduo ter, obrigatoriamente, um domicílio, lutando, às vezes, com as maiores dificuldades para explicar os casos em que efetivamente ele falte.⁴⁰⁻⁴¹

Ante o exposto, como consequência, desfruta o direito à moradia das mesmas características dos direitos da personalidade, tais como, ser impenhorável, intransmissível, indisponível, imprescritível.⁴²

2.1 Direito à Moradia e Dignidade da Pessoa Humana

Uma vez fixada a premissa no sentido de que a dignidade humana é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa, seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema, servindo, assim, tanto como justificação moral, quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais,⁴³ pode-se concluir que o direito de moradia está intrinsecamente ligado à aludida dignidade da pessoa humana.⁴⁴ Explica-se.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁵ leciona que sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local

cas e práticas com os direitos da personalidade. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 155.

39 MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 121-122.

40 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 377-378.

41 Insta destacar que domicílio pode ser conceituado materialmente como “estabelecimento de um lar da constituição de um centro de interesses econômicos”. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 378.

42 AINA, Eliane Maria Barreiros. *Op. Cit.*, p. 122.

43 BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 297.

44 GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47-48.

45 SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1025.

para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Nesse diapasão, pode-se concluir que o direito à moradia está incluído como prestação inerente à garantia do chamado “mínimo existencial”⁴⁶.

Daniel Sarmiento⁴⁷ define o mínimo existencial como sendo a garantia das condições materiais básicas de vida, ostentando, portanto, uma dimensão negativa como uma positiva.

Já Luís Roberto Barroso sustenta que o mínimo existencial “corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma dada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público.”⁴⁸

Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais.

Nesse prisma, percebe-se que o direito à moradia é concebido como inerente ao ser humano, que faz jus à sua morada, ao seu local, à sua pousada, enfim, ao seu habitat, sendo, portanto, essencial ao indivíduo, de modo que, sem ela, a existência digna de outros direitos, como o direito à vida e à própria liberdade, não é exercido de forma satisfatória e plena.

Ademais, o direito à moradia apresenta projeções no mundo exterior físico, moral, psíquico e social, já que afeta grande parte da sociedade, tornando-se, sob tal enfoque, um interesse social e público, principalmente quando se envolve como dever da atividade estatal.⁴⁹

46 Para um estudo aprofundado sobre o assim denominado “mínimo existencial”, confira-se: TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; e BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

47 SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 576.

48 BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 881.

49 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Op. Cit.*, p. 154.

A esse respeito, vale a citação do antropólogo Roberto DaMatta⁵⁰, que, ao definir o vocábulo “casa”, sustenta não ser esta o mero local físico em que o ser humano se abriga e se alimenta, mas sim um espaço profundamente totalizado numa forte moral, sendo a esfera onde os cidadãos se realizam individualmente.

A partir de tal premissa, Comissão da Organização das Nações Unidas elaborou critérios, positivados no Comentário nº 4 do Conselho de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, para definir o que seria considerada uma moradia adequada. São eles:

a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem, incluindo um conjunto de garantias legais e judiciais contra despejos forçados;

b) Disponibilidade de infraestrutura básica para garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.);

c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas;

d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitação, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes;

e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiências;

f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços e saúde, educação e outros serviços sociais essenciais;

g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.

A respeito do item ‘g’ citado pela mencionada Comissão, Daniel Sarmento⁵¹ ressalta a importância da preservação do local de origem da moradia para os grupos étnicos como forma de se preservar a identidade daquela coletividade.

No mesmo sentido, Elza Maria Alves Canuto⁵² acrescenta que a moradia será sempre mais adequada quanto mais respeitar a diversidade cultural, os padrões habitacionais próprios dos usos e costumes das co-

50 DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1984, p. 24-25.

51 SARMENTO, Daniel. "A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação." **Revista de Direito do Estado**. Ano 2, nº 7, jul./set. de 2007, p. 345-360.

52 CANUTO, Elza Maria Alves. "O direito à moradia urbana como um dos pressupostos para efetivação da dignidade da pessoa humana." Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de doutora em Geografia, 2008, *passim*.

munidades, grupos sociais e época, em que é construída, pois não pode ser dissociada dos seus aspectos econômico, social, cultural e ambiental.

A respeito do conceito do que seria moradia adequada, vale a citação da decisão tomada pelo Tribunal Supremo Espanhol, em julho de 1990 (AR 6566), em que se sustentou que o conceito de moradia adequada e digna varia de acordo com a situação geral do país e com os meios econômicos e financeiros disponíveis.⁵³

Consolidando as premissas ora apresentadas, jurisprudência francesa, por meio do Conselho Constitucional (Decisão nº 94-359, de 19.01.95), reconheceu que a necessidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente constitui um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana.⁵⁴⁻⁵⁵

E, justamente nesse contexto de garantia das condições existenciais mínimas, que a moradia é considerada como parte importante do que se tem denominado de patrimônio mínimo, o qual é conceituado por Luiz Edson Fachin⁵⁶ como sendo a titularidade geral sobre bens ou coisas, não necessariamente fundada na apropriação formal ou registral como tradicionalmente prevista nas codificações civis, com vistas à realização de necessidades fundamentais do indivíduo, vez que não é possível se conceber que um indivíduo pode ter sua dignidade respeitada vivendo nas ruas, pois, especialmente no caso do direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca.⁵⁷

2.2 Implicações práticas da classificação do Direito à Moradia como Direito da Personalidade

2.2.1. Direito à Moradia e a Função Social da Propriedade

53 FACCHINI, Nicole Mazzoleni. "Direitos fundamentais e direito à moradia: harmonização de conflitos à luz do princípio da proporcionalidade." Dissertação de Mestrado em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado, *passim*.

54 SARLET, Ingo Wolfgang. "Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do STF." In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 691.

55 Confira-se outros julgados de diversos países, bem como o tratamento da matéria no ordenamento jurídico dos respectivos em: MARÇAL, Thaís. **Direito Fundamental Social à Moradia**. Rio de Janeiro: LerFixa, 2011.

56 Sobre o tema, confira-se: FACHIN, Luis Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

57 SCHREIBER, Anderson. "Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro". In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira e outros (Orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81.

O art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, prevê que a propriedade deverá cumprir a sua inafastável função social. Seguindo o previsto em tal dispositivo legal, o parágrafo primeiro do art. 1.228 do Código Civil estabelece que ‘o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas’.

A previsão civilista apresenta um elenco exemplificativo de hipóteses, a fim de que a sociedade fiscalize o cumprimento do cânone constitucional. Na Constituição da República e nas leis especiais que tutelam os apontados interesses difusos se encontram previstas coesões para o descumprimento do conceito da função social da propriedade. A função social da propriedade torna-se uma exigência da vida em sociedade, pois, da mesma forma que é importante a defesa dos direitos individuais dos titulares da propriedade, é fundamental que se exija do proprietário a observância das potencialidades econômicas e sociais dos bens que deverão ser revertidos em benefício da sociedade.⁵⁸

Ora, a fim de melhor operacionalizar a referida função social da propriedade, convém definir tal conceito com certa dose de precisão.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama propõe que a função social da propriedade seja considerada como o papel que a propriedade desempenha nas relações jurídicas, econômicas e sociais, representado pelo aspecto dinâmico, advertindo para a mudança que surge com a nova concepção da propriedade que, apesar de continuar como direito subjetivo individual e de natureza privada, deve ser exercida de modo tal que seu titular utilize a coisa objeto do direito sem impor sacrifício ao maior número de outras pessoas.⁵⁹

Com isso, percebe-se que o direito à moradia é um importante indicativo, mas não o único, frise-se, do cumprimento da função social da propriedade.

Tanto é verdade que no conflito entre propriedade e posse funcionalizada pela moradia, tende-se a nos inclinar a privilegiar a segunda, conforme será visto no item a seguir.

58 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 88-89.

59 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 228.

2.2.2. Direito à Moradia e a Função Social da Posse

Entende-se como posse “a situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou de não proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos conservando-a e defendendo-a.”⁶⁰

A função social da posse representa a exteriorização do conteúdo imanente da posse que caracteriza sua utilidade social e sua autonomia, inclusive quanto ao direito de propriedade. A aludida função social decorre, portanto, da necessidade social, da necessidade da terra para o trabalho e/ou para a moradia, ou seja, para atendimento às necessidades básicas que pressupõem a dignidade da pessoa humana.⁶¹

O principal efeito da função social da posse como princípio constitucional é elevar o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal, porque atende diretamente às exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como os programas de erradicação da pobreza.⁶²

Com isso, na esteira do defendido por Marcos Alcino de Azevedo Torres, conforme afirmado outrora, a posse com função social prevalece sobre a propriedade sem função social, porque possibilita a proteção efetiva e imediata do ser⁶³, isto porque, segundo as lições de Miguel Lanzellotti Baldez, “sempre que dois interesses entram em confronto – um de vida, outro de morte – é legítimo sacrificar-se um deles (o de morte) em garantia do outro (o de vida) e o fato social que autoriza juridicamente a sacrificar-se um interesse (a terra abandonada, que significa a morte da terra e morte de gente) em benefício de outro (a ocupação da terra, vida da terra e vida da gente) é o estado de necessidade.”⁶⁴

Portanto, revela-se reconhecer que o conflito posse-propriedade, em razão da função social, atrai a aplicação direta da Constituição Federal, porque envolve direitos fundamentais da 1ª e 2ª dimensões: direitos fundamentais individuais e direito fundamental social, dando margem a uma postura hermenêutica epistemologicamente diversa da hermenêutica tra-

60 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12-13.

61 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 109.

62 ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 213.

63 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse – um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 437.

64 BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **Reforma Urbana**. Rio de Janeiro: Articulação Nacional do Solo Urbano, 1990, p. 19.

dicional, porque busca o resultado de maior maximização dos princípios e valores constitucionais, mediante o menor sacrifício do direito que cede, em razão da relação de precedência, a outro de maior peso.⁶⁵

Na questão posse-propriedade, no tocante ao cumprimento da função social, há colisão de princípios constitucionais, cuja solução se resolve mediante juízo de ponderação de bens, fundado no princípio da proporcionalidade, buscando sempre o resultado que dê eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental prevalecente,⁶⁶ mas, frise-se, que em se tratando de direito à moradia, tende-se a conferir uma primazia *prima facie*, quando este estiver em conflito com o direito de propriedade.⁶⁷

2.2.3 Direito à Moradia e Direito à Cidade

O direito à cidade⁶⁸ é um direito social, tomada a sua complexidade e assumida a tarefa de pensar criticamente o uso do espaço comum em sociedades modernas,⁶⁹ estando indissociavelmente ligado ao direito à moradia, conforme se demonstrará a seguir.

O direito urbanístico é o ramo do direito público que tem por objeto, justamente, expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinares dos espaços habitáveis.⁷⁰

Nos tempos do urbanismo modernista, as funções essenciais da cidade são a moradia, trabalho, lazer e circulação;⁷¹ sendo certo que a CF88 reconheceu um pacto social, econômico, político e jurídico suscetível

65 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Op. Cit.*, p. 437-438.

66 *Ibidem*, p. 438.

67 Seria uma espécie de posição preferencial (*preferred position* – expressão comumente utilizada na temática da liberdade de expressão) do direito à moradia, quando presentes tais circunstâncias ilustradas.

68 José Afonso da Silva destaca três concepções para o termo “cidade”, quais sejam: (i) demográfico ou quantitativo; (ii) econômico; e (iii) conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e socioculturais no sistema nacional geral. O autor conclui que, do ponto de vista urbanístico, um centro populacional assume característica de cidade quando possui dois elementos essenciais: (i) as unidades edilícias – ou seja, o conjunto de edificações em que os membros da coletividade moram ou desenvolvem suas atividade produtivas, comerciais, industriais ou intelectuais; (ii) os equipamentos públicos – ou seja, os bens públicos e sociais criados para servir às unidades edilícias e destinados à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente ou por sua própria conta (estradas, ruas, praças, parques, jardins, canalização subterrânea, escolas, hospitais, igrejas, mercados, praça de esportes, etc.). Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 24-26.

69 BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, Justiça e Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 266.

70 SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

71 TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne. “Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania. In: TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne. **Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.

vel de dar instrumento à reforma agrária e urbana e ao desenvolvimento brasileiro.⁷²

Assim, a legislação deve servir não para impor um ideal idílico de urbanismo, mas para construir um urbanismo a partir dos dados da vida real. Desse modo, o descompasso entre a situação efetiva das ocupações populares e a regulação urbanística terá como consequência a ilegalidade desta última, e não o contrário.⁷³

As ocupações irregulares do solo, comumente denominada como cidade irregular, não abolem o direito à cidade, que, conforme demonstrado, é um direito da cidadania, como o é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com isso, percebe-se que a função social da cidade pode redirecionar os recursos e a riqueza de forma mais justa, combatendo situações de desigualdade econômica e social vivenciadas nos grandes centros urbanos, principalmente, garantindo um desenvolvimento urbano sustentável, no qual a proteção aos direitos humanos seja o foco, evitando-se a segregação de comunidades carentes. A prática da cidadania consiste, assim, em incorporar setores da sociedade aos mecanismos básicos de direitos habitacionais.⁷⁴

Tal premissa é confirmada ao se considerar que muitas das edificações irregulares, especialmente favelas e construções subnormais, são expressões curiosas do direito de habitar, exercido de forma irregular, por vezes, à revelia das normas urbanísticas, visto que a um grande número de cidadãos faltam condições para fazê-lo regularmente.⁷⁵

Com vista a implementar tais premissas, foi editada a Lei n. 10.257/2001, batizada como Estatuto da Cidade. Diz-se que tal diploma legislativo instituiu um direito urbanístico popular, pois se ocupou em criar e disciplinar os instrumentos indispensáveis à visualização do acesso popular à propriedade, da regularização fundiária e da legalização do emprego do solo.⁷⁶

72 FACHIN, Luiz Edson. "O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador". In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição** – ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 30.

73 SUNDFELD, Carlos Ari. "O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes". In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 59-60.

74 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 214.

75 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco** – doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 658-659.

76 SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.*, p. 59.

No momento em que o Estatuto da Cidade tem como um de seus princípios orientadores a legalização dos estados de fato, surge um novo tipo de dever estatal: o da atuação positiva para elevar, gradualmente, a qualidade urbanística das situações existentes.⁷⁷

Partindo de matriz constitucional, regradora da política urbana, o Estatuto da Cidade assume, como pilar de sua normatividade, uma corajosa redefinição da função social da propriedade, outorgando-lhe contornos firmes e consequentes.⁷⁸

2.2.4. Direito à moradia e direito ao meio ambiente

A qualidade ambiental deve ser reconhecida como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente, em razão da sua imprescindibilidade à manutenção e à existência da vida e de uma vida com qualidade, sendo fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de completo bem-estar existencial.⁷⁹

O direito fundamental ao ambiente apresenta, ainda, uma dimensão democrática e outra redistributiva, de vez que a consagração do ambiente como um bem comum de todos, tal como reconhecido no art. 225, *caput*, da CF88, harmoniza com a noção de um acesso universal e igualitário ao desfrute de uma qualidade de vida compatível com o pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa humana, considerando, ainda, que tal concepção abrange os interesses das futuras gerações.⁸⁰

Da mesma forma, um meio ambiente equilibrado revela-se fundamental para a manutenção de uma moradia adequada, devendo haver uma convergência das 'agendas' social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano,⁸¹ pois meio ambiente e direito à moradia possuem na legislação infraconstitucional regras que, se interpretadas isoladamente, podem ser contraditórias. Por isso, adotar o princípio da proporcionalidade é extremamente importante para a solu-

77 *Ibidem*, p. 60.

78 DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. "Prefácio à 1ª Edição". In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19.

79 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. "Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13.

80 *Ibidem*, p. 37-38.

81 *Ibidem*, p. 16.

ção frente à colisão de direitos, desde que aplicado a partir do exame cauteloso e criterioso de como perfectibilizam os subprincípios respectivos.⁸²

2.2.5. Da exigibilidade do Direito à Moradia

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸³ sustentam que o direito à moradia, como a maioria dos direitos sociais, possui dupla natureza: impedir que alguém seja arbitrariamente privado de habitação e outorga o direito de obtê-la aos cidadãos, como um direito individual e também das famílias. Trata-se da dimensão positiva (direito a ser prestado) e da dimensão negativa (não pode ser retirado das pessoas).⁸⁴

Sob a ótica da dimensão negativa, observa-se que tanto o Estado como os particulares⁸⁵ têm o dever jurídico de respeitar e de não afetar (salvo no caso de ingerências legítimas) a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida que corresponda a uma violação do direito à moradia é passível, em princípio, de ser impugnada também pela via judicial.⁸⁶

Como principal modo de concretizar a proteção contra ingerências indevidas, o Estado precisa editar leis que norteiem tanto a atividade do particular quanto do próprio ente público nessa direção.

No Brasil, pode-se perceber que a atividade legislativa caminha nesse sentido, pois podem ser encontrados diversos diplomas com vistas a dar efetividade ao comando constitucional previsto no art. 6º da CF, inclusive melhor desenvolvendo o que seria dever do Estado.

82 PRESTES, Vanêsa Buzelato. "Direito ao meio ambiente e direito à moradia: adoção do princípio da proporcionalidade para resolução de conflito no âmbito administrativo em um caso prático". *Revista Interesse Público*, n. 48, p. 256.

83 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, v.1. Portugal: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2007.

84 Ressalte-se que ambas as dimensões são de fundamental importância, além de serem interdependentes, haja vista que a dimensão negativa atua como indispensável meio de tutela da própria dimensão positiva, pois de nada adiantará assegurar o acesso a uma moradia digna, se esta não estiver protegida contra ações do Estado e de terceiros. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. "Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do STF". In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 706.

85 Importante frisar que a condição de direito (subjetivo) de defesa do direito à moradia tem por objetivo em primeira linha a sua não afetação por parte do Estado, segundo SARLET, Ingo Wolfgang. "A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1.033.

86 SARLET, Ingo Wolfgang. "Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do STF". In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 705.

No sentido de coibir práticas que atentem contra o aludido direito, verifica-se que no Município do Rio de Janeiro e no Estado do Rio de Janeiro existe um autêntico princípio de não remoção positivado nos arts. 429, IV, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, e 234, I, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.⁸⁷

Ricardo-César Pereira Lira⁸⁸ é defensor do princípio da não remoção na forma dos citados dispositivos legais, lembrando que, pelo art. 6º da Constituição, a moradia é um direito fundamental e o reassentamento, diante de situação de risco de vida para os moradores deve se dar em locais próximos da ocupação.

Segundo José Geraldo de Sousa Junior⁸⁹, o direito de morar é reivindicado e se faz efetivo na mobilização dos possuidores por meio de associações e federações em uma ação comunitária orientada para resistir contra a prática da derrubada de barracos, sendo importante frisar que a luta por direitos não pode ser classificada como conduta criminosa *per se*, devendo ser analisado, casuisticamente, se a atuação teve alguma conduta que, de fato, possa ser considerada como criminosa.

Problemática atual surge, primordialmente, no que se refere à dimensão positiva do direito à moradia, pois recai no debate sobre a justiciabilidade dos direitos sociais.⁹⁰

Em razão das limitações físicas e metodológicas deste estudo, em apertada síntese, sustenta-se que a moradia que poderá ser reivindicada perante o Estado é aquela com condições adequadas a sobrevivência, pois se deve condenar tanto o excesso quanto a insuficiência, devendo-se levar em consideração a questão da reserva do possível fática⁹¹, mas, frise-se, que a sua justificativa despreendida de comprovação não dará margem ao seu

87 MELO, Marco Aurélio Bezerra. **Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o Direito à Moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70-71.

88 LIRA, Ricardo-César Pereira. "Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária". In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (orgs.). **Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 13.

89 SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. "Um direito achado na rua: o direito de morar." In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao direito**. Série: "O direito achado na Rua", v. 1, 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 34.

90 Sobre o tema, a doutrina e jurisprudência pátria é altamente rica. Por todos, confirmam-se os estudos constantes em SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

91 A reserva do possível fática é definida, por Daniel Sarmento, como a efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto os componentes jurídicos se relacionam à existência da autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos. Cf. SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos." In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 569.

acolhimento, bem como o fato de se investir em garantir direitos considerados como não fundamentais enseja a presunção de que existe verba para efetivar os direitos considerados como fundamentais pela Carta Magna.⁹²⁻⁹³

3. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. Na esteira do sustentado por Luís Roberto Barroso, conclui-se que “o advento de uma cultura pós-positivista e a expansão do papel do Judiciário e da jurisdição constitucional abriram caminho para um constitucionalismo principiológico e voltado para a concretização dos direitos fundamentais”⁹⁴

2. “As relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana.”⁹⁵

3. “Os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta em uma contínua marcha de conquistas históricas,”⁹⁶ frisando-se que a classificação do direito à moradia como direito da personalidade reforça, na esfera civil, a sua tutela, tanto que são empreendidos “meios legais para a garantia do direito à moradia”, tais como: (i) regularização fundiária; (ii) usucapião; (iii) direito de superfície; (iv) desapropriação; e (v) concessão de uso especial⁹⁷; (vi) legitimação de posse⁹⁸. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

92 Cf. MARÇAL, Thaís. **Direito Fundamental Social à Moradia**. Rio de Janeiro: LerFixa, 2011.

93 Nesse sentido, confira-se o voto vencido do Desembargador Alexandre Franco Freitas Câmara no julgamento da Apelação Cível nº 0193579-61.2007.8.19.0001 pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

94 BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 53.

95 TEPEDINO, Gustavo. “Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento.” In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição** – ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45.

96 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Atlas, 2011, p. 12.

97 ROMANELLI, Luiz Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

98 Sobre o tema, confira-se: MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o Direito à Moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ANDRADE, Fabio Siebeneichler. "Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002." *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101-118.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **Reforma Urbana**. Rio de Janeiro: Articulação Nacional do Solo Urbano, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. "Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial." *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-904.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2005.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, Justiça e Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da Personalidade**. Coimbra: BFD, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constituição e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, v. 1. Portugal: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2007.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade – disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANUTO, Elza Maria Alves. "O direito à moradia urbana como um

dos pressupostos para efetivação da dignidade da pessoa humana." Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de doutora em Geografia, 2008, mimeografado.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**, n. 1 (Parte Geral), tomo 1. Coimbra: Almedina, 1999.

CORTIANO JUNIOR, Erolths. "Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade." *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 31-56.

CUNHA, Paulo Ferreira da. "Direitos de personalidade, figuras próxima e figuras longínquas." *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Anuário 2004/2005, v. 1, tomo 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 169-192.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. "Prefácio à 1 Edição". *In*: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19-20.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. "Direitos fundamentais e direito à moradia: harmonização de conflitos à luz do princípio da proporcionalidade". Dissertação de Mestrado em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado, mimeografado.

FACHIN, Luis Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. "O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador." *In*: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição** – ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 17-32.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

GEDIEL, José Antônio Peres; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. "Dos Códigos às Constituições: os direitos fundamentais da personalidade." *In*: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição** – Ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 61-86.

GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIRA, Ricardo Pereira. "Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária". *In*: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (orgs.). **Direito da Cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARÇAL, Thaís. **Direito Fundamental Social à Moradia**. Rio de Janeiro: LerFixa, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. "Os direitos fundamentais e opção culturalista do novo Código Civil". *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 61-85.

MELLO, Cláudio Ari. "Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade". *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69-100.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o Direito à Moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à Moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco** – doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Ciência Política**, II. Lisboa.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Instituições de Direito Civil**. Volume IV (Direitos Reais). 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. "Considerações genéricas sobre os direitos da personalidade". **Revista CEJ**, n. 25, p. 70-73.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. "Direito ao meio ambiente e direito à moradia: adoção do princípio da proporcionalidade para resolução de conflito no âmbito administrativo em um caso prático". **Interesse Público**, n. 48, p. 235-257.

ROMANELLI, Luiz Cláudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. "A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos". *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1019-1052.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. "Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações". *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

_____. "Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do STF". *In*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 687-722.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. "A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação". **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 7, jul./set. 2007, p. 345-360.

_____. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos". *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

_____. "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria". *In*: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Volume XII – Direitos Fundamentais, p. 297-332.

SCHREIBER, Anderson. "Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro". *In*: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. "Um direito achado na rua: o direito de morar". *In*: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao direito**. Série "O direito Achado na Rua", v. 1, 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. "O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes". *In*: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45-60.

TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne. "Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania". *In*: TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne. **Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-24.

TEPEDINO, Gustavo. "Editorial". **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, abr./jun. 2000.

—. "Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002". **Revista Forense**, ano 98, v. 364, nov./dez. 2002, p. 113-123.

_____. "A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro". *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23-54.

—. "Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento". *In*: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição** – ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33-48.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse – um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos; MONTEIRO, Arthur Maximus. "Direitos da Personalidade e sua tutela processual". **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 77, p. 46-61.

Propriedade Fiduciária, Recuperação Judicial e o Abuso de Direito: Superando o Antagonismo

Maria Cristina de Brito Lima

Juíza de Direito, Titular da 6ª Vara Empresarial-TJRJ.

Beatriz Portilho Florentino

Advogada, Estagiária da EMERJ-CP IV.

Felipe Firmida de Oliveira

Advogado, Estagiário da EMERJ-CP IV.

INTRODUÇÃO

O artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05 (LRF) aborda mecanismo pelo qual o credor de sociedade empresária recuperanda, titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Isto é, o credor fiduciário detém privilégio sobre os demais credores, porquanto não se obriga aos procedimentos concursais e pode retirar os bens de sua titularidade, dados em garantia, desde que superado o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º da mesma Lei.

A partir disso, surge um problema: *quid iuris* e se os bens dados em garantia em alienação fiduciária representarem capital essencial da sociedade a ponto de que esta não consiga tornar-se hígida novamente sem a posse prolongada desses bens/recebíveis? É possível ao credor da alienação fiduciária retirar os bens ou reter os recebíveis para si? Como delimitar a existência de abuso do direito na conduta do proprietário?

Para isso, torna-se essencial identificar a divisa entre o legítimo direito do credor e o seu excesso, o abuso do direito.

PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E SUAS ESPÉCIES CONTRATUAIS

De acordo com o art. 1.361 do Código Civil, genericamente, a propriedade fiduciária é a propriedade resolúvel de bem móvel infungível, que o devedor oferece ao credor como forma de garantia de uma obrigação.

Existem, basicamente, duas espécies de negócio jurídico fiduciário: a alienação fiduciária, que tem como objeto a propriedade fiduciária, e a cessão fiduciária, a qual representa, em regra, a cessão de direitos de crédito e de títulos de crédito.

A alienação fiduciária pode ter como objeto, além de bens móveis infungíveis, nos termos do dispositivo supracitado (art. 1.361, Código Civil): (i) bens móveis fungíveis (art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728/1965); (ii) bens imóveis, enfitêuticos, direito real de uso e propriedade superficiária (arts. 17, II, III e IV e 22, § 1º, da Lei nº 9.514/1997); (iii) ações, debêntures, partes beneficiárias e bônus de subscrição (art. 40 da Lei nº 6.404/1976); (iv) aeronaves e embarcações (DL 413/69, Lei nº 7.561/1986 e Lei nº 7.652/1988).

Por sua vez, a cessão ou titularidade fiduciária pode abranger: (i) direitos e títulos de crédito (art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728/1965); (ii) créditos ou recebíveis imobiliários (art. 8º e 9º da Lei nº 9.514/1997); (iii) créditos para fomento da construção civil (Lei nº 4.864/1965 e D.L. 70/1966); (iv) recebíveis para financiamentos concedidos às concessionárias de serviço (Lei nº 8.987/1995 e Lei nº 11.079/2004).

Uma vez que a propriedade fiduciária funciona como garantia de uma obrigação, a titularidade dos bens garantidos pertence ao credor da obrigação pela qual a sociedade empresária se responsabilizou. Daí, surge a ratio da exceção no tratamento desses contratos e bens, que não se incluem no plano de recuperação judicial, consoante art. 49, § 3º, Lei de Recuperação e Falência.

A coisa dada em garantia antes do pedido de recuperação transferiu-se ao credor fiduciário; logo, não mais integra o patrimônio da recuperanda, de modo que a propriedade fiduciária restaria desvirtuada se tais créditos tivessem de se submeter aos efeitos da recuperação judicial.

PROBLEMAS: (I) DOS RECEBÍVEIS (TRAVA BANCÁRIA) E (II) DOS BENS DADOS EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Ilustram-se as circunstâncias versadas a seguir: instituição financeira concede financiamento a uma sociedade empresária, recebendo a pri-

meira, em garantia, os recebíveis da segunda. Assim, os valores originalmente devidos à sociedade empresária por terceiros serão pagos diretamente à instituição financeira, credora fiduciária e proprietária dos recebíveis, que os reterá em sua conta vinculada para satisfação do financiamento.

Essa hipótese é denominada de trava bancária, porque os recebíveis sequer passam pela sociedade empresária, sendo automaticamente direcionados ao credor fiduciário.

Tão logo a sociedade empresária adentra recuperação judicial ou quando se encontra na iminência de se recuperar, dado que passa por situação periclitante, deseja ter acesso aos recebíveis. O credor fiduciário, porém, em virtude da previsão do aludido art. 49, § 3º, LRF, não libera tais valores à recuperanda.

Outra hipótese seria a de uma sociedade que oferece bens de sua atividade empresária em garantia, como maquinários e veículos, para obtenção de crédito por meio de alienação fiduciária. Igualmente, diante de situação crítica da sociedade, o credor pretende retirar os bens que fazem parte do estabelecimento comercial da recuperanda.

Nessa linha, não estaria o proprietário fiduciário, em ambas as hipóteses, a impedir a boa recuperação da sociedade empresária, frustrando o princípio da preservação e manutenção da empresa, também insculpido na Lei 11.101/05, no art. 47?

A própria lei, na parte final do § 3º, cria exceção ao comportamento do credor descrito acima, de modo que estipula prazo de suspensão de 180 dias, previsto no art. 6º, § 4º, Lei de Recuperação e Falência (LRF), em que fica impedida a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Ainda assim, a lei impõe que tal prazo seja improrrogável.

Portanto, a inflexibilidade no prazo de suspensão, em muitos casos, impedirá a plena recuperação da sociedade empresária em questão, violando os preceitos do art. 47, LRF. Deste modo, além das críticas que sofre o dispositivo pela jurisprudência e pela doutrina, ele faria surgir, na conduta do credor que não prorroga o prazo de suspensão, o abuso do direito, na forma do art. 187 do Código Civil.

IMPORTÂNCIA E ATUALIDADE DO TEMA

Observando mais de perto o problema, apura-se, em termos precisos, a dificuldade que ele suscita. Nesse sentido, algumas situações jurisprudenciais revelam o interesse do problema em análise.

Os Tribunais passaram a interpretar a Lei nº 11.101/2005 (LRF) de forma sistemática, com o objetivo de equilibrar a preservação da empresa e sua função social com a eficiência econômica e a autonomia privada dos credores e do empresário. Ponderam-se, assim, os interesses para que todos ganhem em um ambiente de boa-fé e cooperação.

O Superior Tribunal de Justiça tem como precedente sobre o assunto o Conflito de Competência nº 105.315 – PE em que o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, como relator, afirma que os bens dados em garantia fiduciária, além de estar incluídos em plano de recuperação judicial, formam também estoque da sociedade. Por isso, as provas presentes no processo definiriam que, neste caso, o juízo competente para tratar do tema seria o da recuperação, já que, conforme o princípio da preservação da empresa, se não fossem incluídos no plano os bens dados em alienação fiduciária, não seria possível realizar a recuperação judicial.

O Conflito de Competência nº 131.656 – PE (Informativo nº 550), de relatoria da Min. Maria Isabel Galotti, previu hipóteses que afastam a norma do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, quando ficar evidenciado que os bens dados em alienação fiduciária são essenciais para a preservação da empresa.

O caso trata, principalmente, de recuperação judicial em que se questiona se os créditos dos contratos de compra e venda de açúcar para exportação, garantidos por alienação fiduciária de imóveis, estariam submetidos ou não ao juízo da recuperação. A Ministra, ao argumentar sobre o tema, expõe que há hipóteses excepcionálíssimas em que se abre mão do que está disposto no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 para inserir os créditos garantidos por alienação fiduciária no procedimento de recuperação.

E isso porque, o que se visa a proteger são os princípios da preservação da empresa – esculpidos no art. 47 do aludido diploma legal –, da boa-fé objetiva e da função social da propriedade. Logo, para que fique comprovada a necessidade de se afastar o dispositivo do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, deve ser manifesto que os bens dados em garantia na alienação fiduciária sejam essenciais para a continuidade da empresa, ônus de prova que deve ser dirigido à recuperanda.

No processo, ficou evidenciado que os bens dados em garantia – imóveis que representam 2,95% do total de hectares da sociedade empresária – não eram imprescindíveis para a atividade produtiva das sociedades em recuperação judicial.

Conjuntura semelhante está na hipótese dos recebíveis. O credor da cessão fiduciária tem tanto a posse direta quanto a indireta dos créditos a cuja recuperanda tem direito, mas fica evidenciado que tais créditos são indispensáveis para a recuperação da sociedade, a ponto de ser necessário que a ela (recuperanda) tenha acesso a esses créditos que estão em “trava bancária”.

Um voto importante sobre a hipótese de cessão fiduciária de créditos está no Recurso Especial nº 1.263.500 – ES, proferido pelo Min. Luís Felipe Salomão, em que afirma que os créditos dessa espécie de cessão deverão ser analisados pelo juízo da recuperação judicial. E tal se dá porque esse será o juízo competente para definir se tal crédito é imprescindível ou não para a realização da empresa. Esse voto vencido é ainda tímido, pois se limita à literalidade rígida do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, sem afastar sua regra nas hipóteses em que resta claro que a mera suspensão das ações não respeitará o princípio da preservação da empresa.

O PROBLEMA

Os julgados analisados limitam-se a garantir o direito da sociedade recuperanda com base na própria Lei nº 11.101/05, sem adentrar na seara da boa-fé objetiva e do abuso do direito.

No entanto, o presente artigo pretende ir além do conteúdo jurisprudencial existente até então, identificando até que ponto os bens físicos ou os recebíveis dados em garantia fiduciária são essenciais para a empresa e, portanto, passíveis de relativização da norma rígida do § 3º do art. 49, da LRF, sem que o credor incorra em conduta abusiva.

“*Quid iuris*”? Qual é o caminho a ser seguido pelo jurista para evitar o exercício disfuncional do direito e identificar a porcentagem de recebíveis em garantia fiduciária, que poderiam ser levantados pela sociedade em recuperação judicial, a fim de que a garantia se mantenha hígida ao mesmo tempo em que a sociedade permaneça com expectativa de se reestruturar financeiramente?

“*Quid iuris*”? Como o juiz deverá analisar o caso com o objetivo de evitar a ocorrência de abuso de direito e, conseqüentemente, identificar quais bens constantes do estabelecimento comercial da sociedade podem ser retirados pelo credor fiduciário, privilegiando-se simultaneamente a garantia creditícia e o direito à manutenção e recuperação da empresa?

BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva é um princípio geral de valoração de comportamentos, portanto, cláusula geral a fixar um padrão ético de confiança, honestidade e lealdade. Nas palavras de José de Oliveira Ascensão, “implica sempre uma superação do formalismo, pois traz uma justiça substancial, que se sobrepõe à justiça formal resultante da mera observação dos textos ou fórmulas negociais”¹.

Em razão de se tratar de princípio geral e abstrato, deve ser a boa-fé utilizada subsidiariamente, privilegiando o uso das regras concretamente previstas.

Aplica-se a qualquer ramo do direito, visto que não se reporta a modelos abstratos de conduta. Seu funcionamento se dá conforme os ditames do caso concreto, o que permite reconhecer a existência de padrões diferenciados de aplicação da boa-fé objetiva. Desse modo, a boa-fé dos contratos empresariais não pode ser interpretada da mesma forma que as demais espécies contratuais.

Em se tratando de relações negociais, pode-se afirmar que a boa-fé obriga as partes a se comportarem de maneira a não prejudicar a contraparte ou, por vezes, a salvaguardar o interesse adverso. Incumbe ressaltar que a boa-fé age em toda a formação contratual, em seu conteúdo e em sua execução.

Na hipótese de alienação fiduciária tratada no presente ensaio, a boa-fé objetiva exige dos contratantes cooperação, a limitar direitos subjetivos, como o direito creditício em favor do devedor/sociedade recuperanda, com a finalidade de manter uma relação obrigacional equilibrada.

Especificamente no tocante aos contratos empresariais, válido destacar que ambas as partes contraentes buscam o lucro bilateral e possuem pleno conhecimento sobre o negócio acordado. Os empresários realizam pesquisas e cálculos direcionados a aferir os riscos da celebração do contrato, até porque desempenham a atividade habitualmente.

Diz-se, portanto, que vigora, nessa espécie contratual, a presunção de “hipersuficiência” dos agentes ou de comportamento dos “comerciantes cordatos”. Dessa forma, “o ordenamento jurídico autoriza a pressuposição de que o agente econômico, de forma prudente e sensata, ava-

1 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**, volume III. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, p. 182.

liou os riscos da operação e, lançando mão de sua liberdade econômica, vinculou-se”².

Nesse diapasão, surge para as partes um risco contratual, que dependerá da lógica e das condições mercadológicas – as quais, importa lembrar, modificam-se com o tempo. Muito embora o empresário assuma determinada álea típica daquele contrato em que se insere, deve agir com boa-fé objetiva, de modo a não frustrar o aludido aspecto cooperativo.

Em contrapartida, há vozes na doutrina que defendem que os contratos empresariais, em virtude de seu alto grau de autonomia, detêm menor número de situações nas quais se percebem atos abusivos – que desrespeitam os limites impostos pela boa-fé.

De todo modo, a apreciação das cláusulas contratuais de acordos empresariais demanda análise sobre os objetivos compartilhados pelas partes. Uma vez que o ambiente de contratação pretende colocar cada um dos contraentes em posição mais vantajosa e arrecadatória de lucros, a confiança e a lealdade, consectários da boa-fé objetiva, tornam-se essenciais para alcançar os objetivos.

ABUSO DO DIREITO

O exercício de qualquer direito é disciplinado por regras jurídicas ou preceitos decorrentes da interpretação do ordenamento jurídico. O abuso do direito, neste contexto, apresenta-se pelo exercício anômalo do direito, isto é, pressupõe-se que existe o direito, mas há defeito em sua prática.

Consectariamente, o abuso do direito é caracterizado como o desempenho disfuncional de determinada situação jurídica. Não há uma figura autônoma do abuso do direito, mas diferentes espécies de exercício inadmissível de posições jurídicas³.

Segundo art. 187 do Código Civil, o abuso do direito manifesta-se quando a conduta do agente excede, de forma evidente, os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O excesso necessário a caracterizar o exercício disfuncional de um direito deve ser manifesto, nos termos do dispositivo supracitado. Em-

2 FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119-120.

3 ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 267.

bora o princípio da boa-fé objetiva restrinja, modernamente, a extensão do princípio da autonomia privada, não seria possível intervir deliberadamente nas relações negociais, regidas por este preceito, controlando o exercício dos direitos. Assim, tão somente os atos inequivocamente anômalos corresponderiam ao abuso do direito.

Nessa linha, em se tratando da alienação fiduciária na recuperação judicial, para que os bens dados em garantia sejam abarcados pelo plano de recuperação, impossibilitando-se ao credor recebê-los a qualquer tempo, a sociedade deve comprovar, de modo indubitável, a necessidade dos bens e sua essencialidade para a preservação da empresa. Caso contrário, não há manifesto abuso do direito em sua retirada.

Ademais, o abuso é puramente objetivo. Independe das intenções do agente ou de qualquer elemento subjetivo, ainda que, caso existam, contribuam para determinar as consequências do abuso, as quais são variantes conforme adequação específica. Consistem, portanto, na supressão do direito, na cessação do exercício abusivo, com a manutenção do direito nos seus limites, no dever de restituir ou de indenizar, dentre outros.

No âmbito da temática proposta pelo presente artigo, não haveria de se imaginar, como consequência, a obrigação de indenizar, porquanto o credor fiduciário não comete ato ilícito quando retém os recebíveis para si ou retira os bens do estabelecimento do devedor. E, conforme doutrina de José de Oliveira Ascensão, o ato abusivo não necessariamente incorre em um ato ilícito⁴.

Embora o Código Civil Português, no art. 334, não mencione, de fato, a ilicitude do ato abusivo – porque o trata como ilegítimo –, o Código Civil Brasileiro o faz. Poder-se-ia crer, portanto, que o abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro consiste obrigatoriamente em ato ilícito. Entretanto, enquanto este exige dolo ou culpa, o abuso do direito tão somente requer exercício inadmissível de certa posição jurídica, ausente elemento subjetivo.

O exercício abusivo do direito não implica necessariamente o dever de reparar danos, pois é possível que eles sequer existam. Ainda que a conduta haja ocasionado danos, ausente ilicitude, o abuso não repercuta em responsabilidade civil.

A consequência da supressão do direito ocorre usualmente na vertente de limitação ao direito subjetivo denominada de *supressio*, concer-

⁴ ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 279.

nente à situação em que uma posição jurídica, não tendo sido exercida durante um certo tempo, não pode mais sê-lo, por atentar contra a boa-fé. Não se vislumbra, porém, ocorrência de supressio no cenário exposto neste ensaio.

Portanto, a consequência maior do exercício inadmissível das situações aqui versadas corresponde ao dever do magistrado de cessação do ato abusivo ou, até mesmo, de impedir que o ato abusivo nasça. Por vezes, o credor fiduciário pretende reaver os bens de sua titularidade que estejam em posse direta do devedor, sem concretamente fazê-lo. O juízo da recuperação judicial, contudo, decide nos termos do art. 49, § 3º, da lei reitoria da matéria, de modo a impedir que o proprietário retire a garantia e, por conseguinte, aja em desacordo com o exercício funcional do direito.

A doutrina e a jurisprudência, ao longo dos anos, criaram figuras a retratar os tipos de condutas abusivas, que podem ser sobreponíveis. Dentre eles, existe uma espécie de exercício inadmissível de posições jurídicas denominada de “desequilíbrio no exercício jurídico”. É um tipo residual, dividido em subespécies que se aproximam em razão de, em todas, “haver despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados”⁵.

Um dos subtipos refere-se à desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem. Isto é, ninguém pode ser obrigado a suportar o exercício de um direito, quando o sacrifício imposto afetar gravemente os princípios da boa-fé.

Nesse aspecto se encontra a situação da alienação fiduciária em recuperação judicial, vez que o direito de crédito que privilegia o proprietário fiduciário, se exercido, implica sério sacrifício ao devedor, que não será capaz de reerguer-se financeira e comercialmente. Conquanto seja lícito o direito do proprietário, em atenção à boa-fé objetiva e à desproporção entre vantagens e sacrifícios, a situação impõe composição em detrimento de lesão a uma das partes.

PASSOS PARA A SOLUÇÃO

Com isso, a melhor forma de resolver esse problema é por meio do princípio da proporcionalidade, em que se realiza a ponderação entre o princípio da redução dos custos do crédito e o direito de crédito do credor

5 ROCHA, Antônio Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Ed. Almedina, 2011, p. 853.

com o princípio da preservação da empresa, instituto este implicitamente encontrado na Constituição da República Federativa do Brasil, art. 170.

Assim sendo, para que se evite o exercício disfuncional ou irregular do direito (art. 187 do Código Civil) de quaisquer das partes, é necessário que fique demonstrada a essencialidade para a atividade de empresa do bem ou direito dado em garantia fiduciária. Provada sua imprescindibilidade pela recuperanda, o juiz deverá, a partir do princípio da proporcionalidade, realizar uma ponderação de interesses presentes no caso concreto.

Primeiramente, conforme dita Humberto Ávila⁶, para que seja possível a realização da ponderação, é necessário que estejam presentes três elementos, quais sejam, um meio; um fim e uma relação de causalidade entre eles. No caso, identifica-se o meio como o afastamento da regra do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101 para que se atinja o fim, a recuperação judicial, havendo assim uma causalidade entre eles.

A partir dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o magistrado deverá equacionar uma solução que evite ou elimine o abuso de direito presente na lide.

Analisa-se, em um primeiro ponto, se o meio escolhido – liberação parcial da “trava bancária” ou manutenção de certos bens na posse direta da recuperanda – estaria de acordo com a finalidade pretendida, qual seja, a convivência harmônica entre os princípios da preservação da empresa e da redução dos custos do crédito (arts. 47 e 49, caput e § 3º, LRF).

Na segunda fase, verifica-se o subprincípio da necessidade, ou seja, se a medida escolhida, dentre as demais opções, é a menos gravosa para as partes. Com isso, em uma primeira hipótese, deve-se identificar se a porcentagem arbitrada pelo juiz dos recebíveis dados em alienação fiduciária configura melhor solução para o caso.

Em uma segunda conjectura, o magistrado deve analisar qual é a quantidade de bens em propriedade fiduciária, bem como a duração em que estes se encontram sob a posse da recuperanda, para assim afastar aqueles que não devem sofrer os efeitos da recuperação judicial, representando esta a melhor resposta para o caso.

Logo, em regra, não seria possível nem que o credor fiduciário retenha todos os recebíveis ou venda todos os bens dados em garantia quando for manifesto que esses bens são de capital essencial para a empresa.

6 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 205.

Tampouco admite-se que o devedor fiduciário levante todo o valor da trava bancária ou mantenha a posse direta de todos os bens em garantia fiduciária, uma vez que esvaziaria toda a logística de juros relacionada à alienação fiduciária e aumentaria consideravelmente o ônus da instituição credora nessa relação contratual, o que poderia até mesmo vir a afetar a função social desta modalidade contratual.

Dessa forma, eliminam-se os extremos (100% e 0%), pois seria uma decisão que iria de encontro às normas extraídas dos arts. 47 e 49, *caput*, e § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

O último subprincípio trata da proporcionalidade em sentido estrito. O jurista, numa análise de custo-benefício, verifica se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio, para que tal atitude possa surtir mais efeitos positivos do que negativos na sociedade.

Desse modo, a liberação parcial da trava bancária ou a manutenção dos bens na posse direta da recuperanda traz benefícios mais amplos do que o próprio gravame imposto ao credor fiduciário. Ademais, tal medida mantém a sociedade em pleno funcionamento, permitindo-lhe cumprir tanto o contrato fiduciário em questão quanto outros débitos dos demais credores.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, nas hipóteses em que manifesto o abuso do direito do credor quando retira os bens dados em garantia à sociedade, essenciais à sua manutenção, sugere-se a aplicação do princípio da proporcionalidade. Por conseguinte, com o intuito de privilegiar o mais justo fim legal, é garantido à recuperanda a chance de reerguer-se financeira e economicamente, quitando, posteriormente, sua dívida com o credor fiduciário.

Mais vale que a sociedade continue em atividade, permanecendo produtiva e arrecadando lucros também aos credores, do que ser imediatamente liquidada, cessando a possibilidade de ganhos futuros. Há maior valor no “going concern”⁷ da sociedade, isto é, na manutenção operacional da empresa com contínua geração de riquezas fruto da sua atividade, do que a mera liquidação. ❖

7 Valor de *going concern* é o atingido pela manutenção da empresa em operação; mantém-se em funcionamento o seu conjunto de bens operacionais, aumentando o seu valor agregado e permitindo a contínua geração de riquezas e entrada de capital no fluxo de caixa da empresa.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**, volume III. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROCHA, Antônio Manuel da; CORDEIRO, Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Ed. Almedina, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 105.315 – Distrito Federal. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 outubro 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=105315&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 131.656 – Distrito Federal. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 20 outubro 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=131656&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.263.500 – Distrito Federal. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1263500&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 30 jun. 2016.

Justiça Restaurativa e seus Desdobramentos

Marina Costa Monteiro de Queiroz

Bacharel em Direito, formada pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas/Ibmec-RJ, Advogada, aluna da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: No mundo contemporâneo vivencia-se uma mobilização frente à explosão de criminalização. O trabalho se utilizará das críticas realizadas pela criminologia crítica ao sistema prisional atual e das propostas alternativas à esse sistema. Nesse sentido, o trabalho irá propor um avanço para um sistema flexível de justiça criminal, com condutas adequadas à variedade de transgressões e de sujeitos envolvidos, num salto de qualidade, convertendo um sistema monolítico, de uma só porta, em um sistema que ofereça respostas diferentes e mais adequadas. Discute-se sobre a compatibilidade jurídica da justiça restaurativa com o sistema de Justiça Criminal brasileiro, e externamos alguns pensamentos sobre sua possível implementação no Brasil.

PALAVRAS CHAVE: Sistema Punitivo. Política Criminal. Direitos Humanos. Justiça Restaurativa.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Apresentação da Justiça Restaurativa - Conceitos e Propostas. 3. Sustentabilidade Jurídica do Paradigma Restaurativo como Política Criminal: respostas às críticas. 4. Compatibilidade Jurídica da Justiça Restaurativa com o Sistema Brasileiro. 5. Práticas restaurativas atuais: breves apontamentos. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a apresentar o conceito de justiça restaurativa, um modelo de justiça criminal alternativo, facultativo, que pretende viabilizar uma mudança de paradigma na forma pela qual a sociedade lida com o crime, com a punição e, principalmente, com o futuro das vítimas e infratores.

O sistema penal está, obviamente, em crise. Não consegue solucionar conflitos e, muitas vezes, chega a agravá-los. Criou-se um sistema processual no Brasil em que garantias violadas correspondem à ideia de “justiça” para o senso comum. A prisão é considerada a única resposta possível que o sistema pode dar à sociedade.

A pena, como centro dessa racionalidade penal moderna, surge a partir de teorias mais justificadoras que legitimadoras, demonstrando o caráter retributivo da pena. Apesar da eficácia do direito penal não aumentar de acordo com a severidade da pena, o senso comum permanece atribuindo à prisão um caráter pedagógico.

Deve-se atentar para o fato de que se a eficiência que se deseja almejar é a redução da criminalidade e da violência, e que se o sistema atual não garante esse resultado, devem-se adotar medidas alternativas ao sistema tradicional. É inegável a constatação de que a pena privativa de liberdade não possui fins legítimos ou adequados à concepção de Estado de Direito.

A despeito da *falência da pena de prisão*, todos os movimentos em matéria de política criminal são no sentido de agravar as penas existentes ou de criminalizar uma quantidade maior de condutas. Investe-se em *mais do mesmo*, sistematicamente constroem-se prisões para dar conta do processo criminalizador, ao passo que estudos e pesquisas demonstram que o cárcere é incapaz de produzir algum efeito positivo, seja para o delinquente seja para a sociedade.

Nesse cenário, não é difícil perceber a necessidade de se buscar outras formas para dar conta dos efeitos do crime. É preciso investir em instrumentos de resolução de conflitos capazes de fornecer aos envolvidos, vítima e ofensor, a possibilidade de construir outro caminho.

O Processo Penal Consensual surgiu como um meio de solução de conflitos criminais capaz de servir de instrumento de efetivação da finalidade da pena e do acesso à Justiça. A partir dessa insatisfação com o sistema penal punitivo tradicional, foi surgindo uma orientação político-criminal voltada à questão dos Direitos Humanos e ao acesso à Justiça, denominada Justiça Restaurativa.

A Justiça Restaurativa emerge como uma possibilidade viável. Porém, para que esse modelo de resolução de conflitos possa obter algum êxito ou quiçá ser implementado é necessário construir uma cultura de não violência. É preciso perceber que a prisão é uma forma violenta de

punição, que não guarda proporção com a conduta praticada, tampouco apresenta alguma função compatível com o Estado de Direito.

2. APRESENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA - CONCEITOS E PROPOSTAS

O sistema penal atual, exclusivamente punitivo-retributivo, demonstrou-se ineficiente para a ressocialização do infrator, já que, pelo contrário, dessocializa o agente ativo do crime. O sistema tradicional de punição não se revela satisfatório. Além disso, os direitos e garantias fundamentais do apenado não são respeitados durante a execução da pena privativa de liberdade, sendo então necessária a aplicação de práticas alternativas de pacificação social.

Dessa forma, para que haja aplicação dessas práticas alternativas de pacificação social, é imperioso não perder de vista a noção da subsidiariedade do direito penal. Nesse sentido, de acordo com Renato Sócrates Gomes Pinto:

“A justiça restaurativa é uma luz no fim do túnel da angústia de nosso tempo, tanto diante da ineficácia do sistema de justiça criminal como da ameaça de modelos de desconstrução dos direitos humanos, como a tolerância zero, e representa, também, a renovação da esperança. E promoverá a democracia participativa na área de Justiça Criminal, uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora.”¹

A justiça restaurativa apresenta-se como uma forma não violenta de resolução dos conflitos, eis que constatado que o sistema punitivo não produz resultados satisfatórios para os envolvidos no crime: não ressocializa, estabelece uma pena perpétua, que é o estigma, e também não permite que a vítima seja ouvida. Cumpre ressaltar que a prática restaurativa e o modelo retributivo podem e devem coexistir, mas desde que o direito penal tradicional seja visto de forma subsidiária aos métodos alternativos.

¹ SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. "Justiça Restaurativa" (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

Há mais de uma concepção conceitual a respeito da justiça restaurativa. O movimento restaurativo ainda é recente no mundo, e, principalmente, no Brasil. Por se tratar de um novo paradigma, o conceito de Justiça Restaurativa ainda é algo inconcluso, que só pode ser captado em seu movimento ainda emergente. Para compreendê-lo é preciso usar outras lentes, conforme Howard Zehr, “trocando as lentes e definindo um novo foco sobre o crime e a justiça”.

De acordo com Zehr, é necessário que se mude o foco epistemológico, mudando as lentes, assim vislumbrando as noções de crime e justiça, crime como sendo uma violação entre as pessoas e seus relacionamentos. Nesse modelo, a justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam o reparo, reconciliação e reaseguração².

Em sua obra de grande renome no mundo, Howard Zehr leciona sobre o tema da seguinte forma:

“O que a Justiça Restaurativa oferece não só uma nova prática de justiça, mais um olhar diferente de crime e um novo objetivo para justiça: o crime é visto como uma fonte de prejuízo que deve ser reparado. Além disso, o dano essencial do crime é a perda de confiança, tanto ao nível interpessoal e social. O que as vítimas e as comunidades precisam é ter sua confiança restaurada. A obrigação fundamental do delinquente é mostrar que eles são confiáveis . O objetivo da justiça deve ser para incentivar este processo. O objetivo primordial da justiça, então, deveria ser o restabelecimento da confiança. A tentativa de conseguir isso em ambos os níveis, pessoal e social, pode fornecer um guarda-chuva unificador para a nossa resposta ao crime. Ao invés de substituir outros, os objetivos mais tradicionais, que se tornaria a principal consideração na sentença, oferecendo razões e limites para a aplicação de metas, como a incapacitação e punição.”³

Observa-se que a justiça restaurativa pode ser compreendida como uma forma de justiça voltada para a reparação do dano causado pelo delito. De acordo com esse raciocínio, busca-se a reparação da vítima, além da reintegração do ofensor a sua comunidade, a qual participa do proces-

² ZEHR, Howard. **Trocando as lentes - um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo. Palas Athenas, p. 62.

³ Idem, p. 90.

so restaurativo, a fim de contribuir na formulação e cumprimento de acordo restaurativo, assim como desenvolver sua capacidade de resolução dos seus próprios conflitos.

Assim, visualiza-se que o delito ultrapassa a esfera do ofensor e vítima, afetando toda a comunidade. Além de reparar o dano gerado à vítima, o ofensor deve reconhecer a sua responsabilidade diante do ato.

No entanto, existe a possibilidade, segundo uma outra concepção da justiça restaurativa, de que, quando não for o desejo da vítima participar no processo decisivo, o próprio Estado pode estabelecer uma reparação à vítima de uma forma alternativa à pena de multa e cárcere. A reparação pode ser realizada, também, pela comunidade, não necessariamente pelo ofensor.

Há ainda uma concepção de justiça restaurativa que recai na transformação, que se preocupa em transformar a compreensão das pessoas sobre si mesmas e em como elas se relacionam umas com as outras, modificando, assim, a maneira como as pessoas vivem, partindo do pressuposto que estamos todos interligados. Propõe introduzir uma mudança na própria linguagem, abolindo distinções entre crimes e outras condutas danosas.

Por fim, observa-se outra concepção acerca do tema, que é a do encontro ou diálogo, na qual a justiça restaurativa funciona como um forma de resolução de conflitos, possibilitando que tanto a vítima, como o ofensor, e até outros interessados, se encontrem em um local dirigido por especialistas (advogados, juízes e promotores), com o intuito de que a vítima e o ofensor abandonem a passividade que lhes é imposta pelo processo penal, assumindo, assim, posições ativas nas discussões e tomada de decisões de seus conflitos.

Seguindo essa linha de pensamento, a justiça restaurativa funciona de uma forma extremamente democrática, na qual todos falam e escutam com respeito e com condições equilibradas de “poder”, proporcionadas pela formatação do processo, pelos valores da justiça restaurativa, e, principalmente, pela atuação do facilitador ou mediador.

Dessa forma, ao contrário da imposição de uma pena pelo juiz, utiliza-se o diálogo para que os implicados cheguem a um acordo sobre o que pode ser feito em benefício da vítima, do ofensor, e da própria comunidade.

Através desse processo, a vítima tem a oportunidade de expressar a sua experiência e relatar os danos que lhe foram causados, assim como

o ofensor pode tomar consciência das consequências de seus atos e escolher fazer algo para reparar o dano. Então, eles juntos chegarão a um acordo, que deverá ser razoável e respeitar os direitos humanos.

Nesse sentido, de acordo com Howard Zehr:

“o crime é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado. Incumbe, assim, à Justiça oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.”⁴

Howard Zehr enfatiza que, apesar de vários estudos recentes constatarem mudanças comportamentais e redução nas taxas de reincidência dos ofensores, sua importância está centrada na satisfação de necessidades da vítima e do ofensor que não são satisfeitas dentro das práticas comuns da justiça penal. Observa-se em inúmeras pesquisas que ambos se sentem tratados de forma mais justa, uma vez que vivenciam a justiça, ao invés de apenas assisti-la ser realizada por outros para que, após, recebam o comunicado de que foi feita justiça.

É preciso destacar, contudo, que, apesar das concepções possuírem relevantes diferenças entre si, na prática, elas se mesclam. Por esse motivo é que não há apenas uma resposta para o que é justiça restaurativa, mas várias. E é por isso, por ser um movimento complexo, que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas”⁵

Conclui-se, diante do exposto, que ainda que se afirme que a justiça restaurativa não responsabiliza por meio da punição, eis que a repara-

4 ZEHR, *op. cit.* p. 171.

5 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. "Justiça restaurativa: da teoria à prática". São Paulo: IBCCRIM, 2009. (Monografias, 52)

ção do dano é atingida com base em um acordo alcançado por ambas as partes, estas se disponibilizando a participar do processo, na prática, os processos restaurativos podem ser invalidados por aspectos próprios do retribucionismo, pois as pessoas não deixam de ser punitivas de um dia para o outro .

Diante disso, cumpre introduzir um conceito completo e explicativo do que é a justiça restaurativa, exemplificado a seguir:

“A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.”⁶

Dessa forma, o crime, para a justiça restaurativa, não é somente uma conduta típica e antijurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, anteriormente a isso, é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo assim à justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado; oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo a justiça avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.

6 SLAKMON, C., R. De VITTO, e R. GOMES PINTO, org., 2005. "Justiça Restaurativa" (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

Assim, há a necessidade de que a justiça restaurativa seja acompanhada pelo Estado, para que não ocorra a violação de direitos fundamentais. Contudo, isso não pode implicar o fato de a justiça restaurativa ficar subordinada ao sistema de justiça criminal. A forma de atuação conjunta que se pretende estabelecer entre os dois modelos de justiça é a que possibilite que os espaços, lógicas, de ambos, sejam preservados, evitando-se sobretudo que a justiça restaurativa seja contaminada pela lógica punitiva do sistema de justiça criminal. De acordo com essas premissas, entende-se que a relação adequada entre estes modelos será a que possibilite a justiça restaurativa atuar em conjunto com o sistema de justiça criminal.

No caso do Brasil, ao analisarmos o cenário atual, averigua-se que tanto o Ministério Público quanto o Juiz poderiam realizar o envio de processos para a justiça restaurativa, uma vez que são legitimados para verificar a existência do crime, capazes de verificar se há indícios de autoria e materialidade do crime. Há de se observar ainda se, no caso concreto, ocorre a incidência de causas que tornam o fato atípico, como o princípio da insignificância, da bagatela, para qual não cabia a justiça restaurativa.

Acredita-se que seguindo esses requisitos a justiça restaurativa pode contribuir para a redução dos casos encaminhados ao sistema de justiça criminal tradicional, o que ocasionará numa diminuição das sanções punitivas, incrementando o acesso a justiça, e oferecendo à sociedade uma possibilidade de participar das resoluções dos conflitos, demonstrando que há alternativas além das respostas punitivas.

3. SUSTENTABILIDADE JURÍDICA DO PARADIGMA RESTAURATIVO COMO POLÍTICA CRIMINAL: RESPOSTAS ÀS CRÍTICAS

O crescimento do debate acerca da justiça restaurativa no Brasil reflete, assim como ocorreu nos países onde esse novo modelo de justiça criminal já é utilizado há mais tempo, a necessidade de encontrar um novo paradigma para lidar com questão criminal, dentro de um ambiente público, institucional e sempre adstrito ao princípio da legalidade.

Deve-se atentar para o fato de que as redes de justiça restaurativa surgem, primariamente, com fundamento na reconstrução do sistema de regulação social e sob a perspectiva dupla de acompanhar as transformações mais recentes no direito em geral e conter a expansão do direito penal na sua vertente repressiva.

Contudo, os anseios e as demandas que convergem para o debate da Justiça Restaurativa no Brasil são antigos, recorrentes. Outros movimentos, propostas e teorias já tentaram enfrentá-los e, igualmente, fracassaram. Basta resgatar o histórico de ideias como as penas alternativas ou os juizados especiais: projetos bem intencionados e localizados nessa mesma malha de tendências reformistas, cujos reflexos práticos foram – ou têm sido até o momento – nulos ou frustrantes.

De acordo com o que apresenta Leonardo Sica:

“Por isso, para que a Justiça Restaurativa não seja mais um paliativo para a crise do sistema de justiça, nem entendida como mero instrumento de alívio dos tribunais, de extensão da burocracia judiciária ou de indulgência, deve ser implementada a partir de um debate profundo, que considere as particularidades de nosso sistema de justiça. Identifique os pontos em que o novo modelo pode ser testado e principalmente reconheça os obstáculos existentes, construindo, a partir desse reconhecimento, um discurso legitimante da justiça restaurativa, consoante a realidade político-institucional do país.”⁷

Dentro desse cenário, cumpre expor as principais críticas à Justiça Restaurativa e demonstrar os contra-argumentos. O paradigma restaurativo desafia resistências, particularmente de operadores jurídicos alienados e presos à ideia de um Direito blindado contra mudanças, sob o argumento de que ele desvia-se do devido processo legal, das garantias constitucionais e produz uma séria erosão no Direito Penal codificado.

Dessa forma, as contracríticas perante o exposto são no sentido de que a Justiça Restaurativa dá uma prioridade distinta à proteção de seus direitos, não defendendo um processo no qual os principais protagonistas são os advogados, e cujo objetivo primordial é reduzir a responsabilidade do infrator ou obter a sanção mais leve possível.

O modelo apenas prioriza o papel da vítima e do infrator no encontro restaurativo, e que o acordo restaurativo só terá validade e eficácia quando homologado judicialmente, com a anuência do Ministério Público e que nada impede que o infrator e a vítima tenham acesso a advogados para se consultarem.

⁷ SICA, Leonardo. "Justiça Restaurativa: Críticas e Contra Críticas". **RDPP** n. 47 Dez-Jan/2008 (Direito em Debate).

Há críticas que estabelecem que a Justiça Restaurativa banaliza certos crimes, como no caso da violência doméstica. Em resposta a essa preocupação, observa-se que a Justiça Restaurativa lida com o crime de maneira séria, na medida em que tem como foco as consequências do crime para a vítima e tenta, além disso, encontrar caminhos significativos para a responsabilização dos infratores. A banalização do crime pode acontecer nos processos em que as vítimas não têm papel algum, ou como testemunhas somente, e nos quais os infratores não são mais do que meros observadores passivos.

Vale destacar que há também uma crítica baseada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, calcado na concepção de que a Justiça Restaurativa *desjudicializa* a Justiça Criminal e *privatiza* o Direito Penal, sujeitando o infrator, e também a vítima, a um controle ilegítimo de pessoas não investidas de autoridade pública.

No entanto, em resposta ao exposto, averigua-se que o processo restaurativo é constitucional e legalmente sustentável, não sendo uma alternativa extralegal. Assim, a justiça restaurativa corresponde a um procedimento de mediação, conciliação e transação, previstos na legislação, com uma metodologia restaurativa, admitindo a participação da vítima e do infrator no processo decisório, quando possível e se for essa a vontade das partes.

Como o acordo restaurativo terá que ser aprovado, ou não, pelo Ministério Público e também terá que ser homologado, ou não, pelo Juiz. E nada disso revoga o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, sendo o caso, tanto a vítima, como o infrator, através de advogados, como o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, poderá questionar o acordo restaurativo em juízo.

Existem, também, críticas em relação a eficácia da justiça restaurativa, que dizem que a Justiça Restaurativa seria como estar “passando a mão na cabeça do infrator”, só servindo para beneficiá-lo e promover a impunidade. É possível perceber que essa é uma das principais críticas à Justiça Restaurativa, ainda mais quando atenta-se para o fato da era do clamor social contra a impunidade e a benevolência do sistema penal ser justamente contra o sistema formal e vigente. Por outro lado, a prisão, por sua impropriedade e ineficácia, além de seus malefícios, só é reservada para crimes graves.

Assim, pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa tem a vantagem de dar à vítima a chance de participar do acordo e de voltar-se para a restauração do trauma e das suas perdas no processo.

Há, ainda, críticas no sentido de que a Justiça Restaurativa não tem o condão de restaurar a ordem jurídica lesada pelo crime e nem mesmo pode reparar a vítima. No entanto, como um procedimento complementar do sistema, a Justiça Restaurativa estará também recompondo a ordem jurídica, na medida em que estará trabalhando o crime, com outra metodologia, mas que leva a resultados melhores para a vítima, que recupera a segurança, a autoestima, a dignidade e o controle da situação, e também para o infrator, na medida que ao mesmo tempo em que o convoca a assumir a responsabilidade pelo mal causado, lhe oportuniza meios para refazer-se, inclusive participando de programas da rede social de assistência.

De fato, a reparação emocional não acontece em todos os casos, contudo, ocorre mais frequentemente na Justiça Restaurativa do que em processos da justiça criminal tradicional. Quanto aos infratores, já havia se estabelecido que restaurar corresponde a uma efetiva responsabilização pelos crimes, suas consequências, capacitando o indivíduo com a possibilidade de poder corrigir o que fez, recuperando o sentimento de que o processo e seus resultados foram justos.

Enfim, há críticas diante da Justiça Restaurativa não produzir reais mudanças. No entanto, o objetivo da Justiça Restaurativa não seria de fato a redução da reincidência, mas sim a responsabilização efetiva dos infratores e a reparação, por parte deles, das vítimas. Mas é razoável argumentar que, se um determinado processo utiliza os mecanismos restaurativos e alcança seus objetivos, então é possível obter uma redução da reincidência, conseqüentemente.

Ao observar essas críticas à Justiça Restaurativa, verifica-se que os críticos podem ser agrupados em dois grupos: aqueles que acreditam no processo e aqueles que acreditam na pena. A questão que se explora é que, de fato, a falência do sistema penal não corresponde à uma fase passageira, e nem tende a ser superada com a natural evolução do saber penal ou das condições estruturais do judiciário, que reafirmam as práticas punitivas e autoritárias.

Vislumbra-se que não há como avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática, enquanto o atual paradigma permanecer intocado nos seus contornos mais marcantes, ou seja, o processo penal como manifestação de autoridade e o direito penal como exercício do poder.

E são através dos pretextos “nobres”, tais quais a prevenção geral, a reinserção social, ou, atualmente com um discurso mais intenso, em prol de uma segurança pública e da tranquilidade dos “cidadãos do bem”, que o sistema punitivo retributivo ganha força perante a sociedade.

A partir dessa reflexão trazida pela criminologia crítica, averigua-se que há um hábito de punir que tem dominado a noção moderna de justiça. Percebe-se que esse hábito corresponde à necessidade político-institucional, que anteriormente estava ligada ao processo de apropriação da justiça, e que agora está na instrumentalização do direito penal para manter o distanciamento e o isolamento de determinadas pessoas, rotulando-os “inimigos” da sociedade.

A justiça restaurativa se encontra em outro nível, uma vez que pretende abater esse sentimento punitivo, ao reconhecer esse meio de resolução de conflitos como uma etapa fundamental para a evolução da vida comunitária, cuja harmonia é mais ameaçada do que preservada nas tendências irracionais calcadas na punição.

A mediação, por não estar vinculada pelos rigores das normas processuais e substanciais, acaba por consentir aos indivíduos a reapropriação concreta de seus conflitos, tornando-os os sujeitos principais.

De acordo com Leonardo Sica: “O reconhecimento recíproco que nasce entre as pessoas diretamente envolvidas faz nascer um acordo que até pode ser diverso daquele estabelecido pela lei, mas que por ser relacionado com as expectativas dos indivíduos, deve ser, tendencialmente mais equilibrado e congruente do ponto de vista distributivo/compensatório.”⁸

Verifica-se uma construção aberta e mais flexível, proveniente desse acordo, e se observa que a mediação implica uma forma de interpretação distinta dessas leis e garantias, uma vez que sua finalidade está em utilizar a lei como um referencial, para assim favorecer a aproximação entre perspectivas diversas.

Evidencia-se que a mediação não representa um espaço privado da lei, nem privatizado em relação àquela, uma vez que a mediação revela sua total compatibilidade com o direito penal. No tocante às garantias do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, de nada adianta a observância formal desses princípios, se só contribuírem para levar o acusado ao destino certo e seguro da punição severa.

8 SICA, Leonardo. “Justiça Restaurativa: Críticas e Contra Críticas”. **RDPP** n. 47 Dez-Jan/2008 (Direito em Debate).

4. COMPATIBILIDADE JURÍDICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COM O SISTEMA BRASILEIRO

É importante ressaltar que, com o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm sido adotadas práticas restaurativas no Brasil, mas não com sua especificidade, seus princípios, valores, procedimentos e resultados conforme definidos pela ONU, uma vez que, apesar de ser um novo paradigma, já existem documentos da ONU e da União Europeia validando e recomendando a Justiça Restaurativa para todos os países.

Verifica-se que o modelo restaurativo é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, em que pese ainda vigorar, em se tratando das ações penais públicas, em nosso direito processual penal, o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade.

Percebe-se que tal princípio foi flexibilizado com a possibilidade da suspensão condicional do processo e a transação penal a partir da Lei 9.099/95. Assim como medidas alternativas introduzidas no Código Penal, as Leis 9.714/98 e 10.259/01 comportam, em certa perspectiva, práticas restaurativas.

Há também o Estatuto da Criança e do Adolescente, que enseja e recomenda implicitamente o uso do modelo restaurativo em vários dispositivos, particularmente quando dispõe sobre a remissão (art. 126) e diante do amplo elastério das medidas socioeducativas previstas no art. 112 e seguintes do diploma legal. Nesses casos, há considerável discricionariedade do órgão do Ministério Público.

Com as inovações da Constituição de 1988 e o advento da Lei 9.099/95, abriu-se uma possibilidade ao princípio da oportunidade, permitindo a entrada do modelo restaurativo no Brasil, sem a necessidade de uma mudança legislativa.

A propósito, diversos programas alternativos de resolução de conflitos têm sido implantados pelos tribunais brasileiros, inclusive com sucesso. E cumpre mencionar um exemplo de sucesso, no Distrito Federal, que é o Projeto Justiça Comunitária do Distrito Federal – A Justiça sem Jurisdição, que opera com a Escola de Cidadania e Justiça, capacitando os Agentes de Cidadania para trabalharem com mediação e cidadania participativa na comunidade, baseados em Centros de Cidadania.⁹

⁹ SCURO NETO, Pedro. "Justiça nas Escolas: As funções das Câmaras Restaurativas. O direito é aprender." Brasília: Fundescola /Projeto Nordeste/MEC-BIRD. 1999.

Além disso, a partir da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, a metodologia se consolidou no Brasil como uma das portas de acesso à justiça em seu sentido amplo. Com uma análise frente às primeiras práticas restaurativas em Porto Alegre-RS, pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa constitui-se como um importante instrumento para a construção de uma justiça participativa, de modo a operar real transformação, com soluções compartilhadas e para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social com dignidade.

Ao se estabelecer a voluntariedade como requisito básico e não como um direito subjetivo, as partes poderão recusar sempre que quiserem, o envio do caso ao ofício da mediação, exercendo seu direito ao processo. Dessa forma, observa-se que o direito ao processo deve ser concebido como direito, ao invés de uma obrigação, já que para o direito ao processo ser pleno e realizável deve-se estar incluído o direito de não optar o processo. Obviamente que tal direito deve estar introduzido naquelas circunstâncias em que a resposta punitiva possa ser substituída por outras reações penais.

Nesse sentido, Leonardo Sica apresenta o seguinte:

“Tanto a transação penal e a conciliação da Lei 9.099/95 são exemplos de justiça consensual que não se aplicam à justiça restaurativa, muito pelo contrário: esta procura distanciar-se daqueles instrumentos autoritários e/ou burocráticos, que impõem, em uma “negociação” forçada sob a ameaça de pena e processo, desvinculada de quaisquer preocupações com a restauração da paz jurídica e o restabelecimento da comunicação.”¹⁰

Assim, a possibilidade de haver nesses casos uma opção voluntária, livre, informada e regulada para apropriar-se do conflito e discuti-lo, e possivelmente negociar uma solução, deve ser, então, incluída na pauta de decisões públicas que consolidam o direito ao processo.

No Brasil, o programa poderia funcionar em espaços comunitários ou centros integrados de cidadania, onde seriam instalados Núcleos de Justiça Restaurativa, cuja estrutura compreenderia Câmaras Restaurativas, onde se reuniriam as partes e os facilitadores, estes últimos prefe-

¹⁰ SICA, Leonardo. "Justiça Restaurativa: Críticas e Contra Críticas". **RDPP** n. 47 Dez-Jan/2008 (Direito em Debate).

rencialmente psicólogos e assistentes sociais, ou voluntários qualificados criteriosamente selecionados, que se submetem a uma capacitação adequada em Centros de Capacitação.

Nesse sentido, Renato Sócrates Gomes Pinto propõe o seguinte:

“Os Núcleos de Justiça Restaurativa teriam que atuar em conexão com órgãos governamentais e organizações não governamentais, operando em rede, para encaminhamento de vítimas e infratores para os programas indicados para as medidas acordadas no plano traçado no acordo restaurativo. É perfeitamente possível utilizar estruturas já existentes e consideradas apropriadas, podendo os encontros serem realizados em lugares escolhidos de comum acordo pelas partes.”¹¹

No entanto, a maior dificuldade na implantação desse sistema é a postura cultural dos brasileiros. Assim, é interessante relacionar o garantismo positivo, desenvolvido por Baratta, às questões culturais a serem enfrentadas para a introdução da Justiça Restaurativa no Brasil. O garantismo positivo é fundado na constatação da fragilidade das garantias penais tradicionais frente às regras de funcionamento real do sistema de justiça, e propõe estabelecer formas positivas de evitar os malefícios do poder punitivo sobre o cidadão e sobre a comunidade, no contexto de “uma política integral de proteção dos direitos humanos”, que passa pela reestruturação do direito punitivo como *ultima ratio* e reconhece sua esfera e competência em relação a outros instrumentos de intervenção, dentre os quais inseri-se a mediação.¹²

Observa-se que a pena, como elemento central da racionalidade penal moderna, se origina nas teorias justificadoras. Não há como negar que a natureza da pena, assim, tem-se que a pena funciona como uma imposição de sofrimento e estigmatização, na qual exclui-se a vítima, que em nada participa, e na tentativa de estabelecer um sistema, no qual os castigos são calculados.

Contudo, essa é uma barreira que se torna difícil de ser removida, uma vez que vivencia-se a era da dramatização do crime, da ritualização

11 PINTO, Renato Sócrates Gomes. "Justiça Restitutiva: O Paradigma do Encontro". Disponível em http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_356.pdf.

12 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Instituto Carioca de Criminologia. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

da violência e da manipulação do medo, que pressionam uma sociedade insegura no sentido único da crença na repressão penal.

O fracasso ou a inexistência de outras políticas públicas de reforço do sentimento de segurança resulta, inevitavelmente, no discurso contra a impunidade, situando-a como único e principal fator responsável por uma série de problemas que, somados, aumentam aquela sensação de insegurança.

Dessa forma, para buscar uma aceitação da sociedade brasileira contemporânea diante da proposta restaurativa, se faz necessário um discurso pragmático apontando os resultados de cada um dos sistemas, procurando responder a questão de saber se o sistema repressivo gera resultados melhores, como na redução da criminalidade e da violência, do que o restaurativo.

Assim, diante das experiências de Justiça Restaurativa em curso, deve-se tentar extrair delas alguns desses resultados. Nesse sentido, é importante registrar que, como se trata de experiências recentes, é muito difícil obter alguma conclusão segura em relação ao efeito real da Justiça Restaurativa em relação à diminuição de reincidência e do número de crimes cometidos.

No entanto, é fato que os pesquisadores adicionaram duas observações, sendo a primeira de que não ha qualquer evidência de que as práticas restaurativas aumentem a reincidência, o que é significativo, pois as práticas prisionais e punitivas já demonstraram que são causas de aumento de reincidência. E a segunda seria que a justiça restaurativa proporciona muitos resultados positivos para vítimas e ofensores em relação ao impacto da atuação da justiça sobre eles.

5. PRÁTICAS RESTAURATIVAS ATUAIS: BREVES APONTAMENTOS

Já se pode dizer que, apesar de ser um paradigma novo, já existe um crescente consenso internacional a respeito de seus princípios, inclusive oficial, em documentos da ONU e da União Europeia, validando e recomendando a Justiça Restaurativa para todos os países.

De acordo com Renato Sócrates Gomes Pinto, “As primeiras experiências modernas com mediação entre infrator e vítima, colocadas em prática nos anos setenta, já apresentavam características restaurativas, na medida em que, em encontros coordenados por um facilitador, a vítima

descrevia sua experiência e o impacto que o crime lhe trouxe e o infrator apresentava uma explicação à vítima.”¹³

De fato, a primeira experiência contemporânea com práticas restaurativas se deu em 1974, quando dois jovens de Elmira (Canadá), acusados de vandalismo contra 22 propriedades, participaram de encontros presenciais com suas vítimas a fim de chegar a um acordo de indenização. Os dois rapazes visitaram as vítimas e negociou-se o ressarcimento e em alguns meses a dívida tinha sido paga.

O país pioneiro na introdução do modelo restaurativo na legislação foi a Nova Zelândia, em 1989, com a edição do Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias - *Children, Young Persons and Their Families Act*. Observa-se que a responsabilidade primária pelas decisões sobre o que seria feito foi estendida às famílias. O processo essencial para tomada de decisões deveria ser a reunião de grupo familiar que tinha como finalidade incluir todos os envolvidos e os representantes dos órgãos estatais responsáveis na busca da solução do conflito

Já na América Latina, o programa foi experimentado, por exemplo, na Argentina, em 1998, inspirado no art. 38 e 45 da Lei do Ministério Público c.c. art. 86 e sgts. do Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires, operando com o eixo em dois centros – o Centro de Assistência às Vítimas de Delitos e o Centro de Mediação e Conciliação Penal.

Quanto ao Canadá, o modelo vem sendo introduzido na legislação, especialmente na área infanto-juvenil, com a reforma para adequar a legislação canadense à Convenção dos Direitos da Criança da ONU. Dessa forma, estabelece alternativas restaurativas de remissão, restringindo o uso do sistema formal de Justiça, reduzindo medidas privativas da liberdade e promovendo a reintegração do jovem infrator na comunidade.

O fato é que se multiplicam, hoje em dia, as experiências de práticas restaurativas, e muitas dessas iniciativas foram debatidas no último congresso de Vancouver, promovido pelo *International Institute for Restorative Practices*.

Na Nova Zelândia, em pesquisa sobre os resultados de uma prática restaurativa, demonstrou-se que os programas restaurativos não aumentaram a taxa de reincidência, e que os níveis de satisfação dos participantes com resultado dos programas é muito alto, aumentando a percepção de justiça naquelas comunidades.

13 PINTO, Renato Sócrates Gomes. "Justiça Restaurativa: O Paradigma do Encontro". Disponível em http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_356.pdf.

Importante destacar um estudo relevante, em relação ao impacto da Justiça Restaurativa na reincidência criminal que foi produzido na Austrália e ficou conhecido como “Rise”. Nesse programa, os jovens envolvidos apenas em crimes violentos e cujos casos foram encaminhados a esse projeto reincidiram 38% menos que o grupo de controle que praticou os mesmos crimes e foi submetido à justiça penal comum. O dado mais interessante dessa pesquisa foi que essa alta taxa na reincidência só ocorreu especificamente nos crimes violentos, não sendo aferida, por exemplo, nos crimes de trânsito e outros. Na Nova Zelândia, a Justiça Restaurativa também vem apresentando resultados concretos de abatimento da reincidência.¹⁴

A União Europeia também veio se manifestar acerca da aplicabilidade da Justiça Restaurativa pelos países membros através da Recomendação do Conselho da Europa nº R (99) 19, em que se disciplinou o “uso da mediação em problemas penais como opção flexível, compreensiva, *problem-solving*, participativa, e complementar ou alternativa ao sistema tradicional criminal”. Nesse âmbito, a UE deixou em aberto a forma de aplicação da Justiça Restaurativa pelos países-membros, bem como o momento em que deva ocorrer e o modelo a ser seguido, uma vez que a Justiça Restaurativa poderá ser complementar ou alternativa ao sistema tradicional criminal (retributivo-punitivo).

Apesar da abertura proposta pela Recomendação, a doutrina tem entendido que há certa inviabilidade de se obter, hoje, um sistema com aplicação da Justiça Restaurativa completamente afastado do sistema tradicional criminal, devendo aquela primeira fase, ser utilizada de forma complementar ao sistema tradicional.¹⁵

Conforme as palavras de Leonardo Sica:

”Há também pesquisas realizadas nos EUA, que apontam resultados positivos na redução de reincidência, obtidos em programas de “probation” associados a reparação do dano. Comparando os programas de “probation” sem finalidade restaurativa com aqueles em que se incluiu um acordo restaurativo, constatou-se uma diminuição da reincidência 6% maior no segundo grupo, o que demonstra que, de fato, mes-

14 PINTO, Renato Sócrates Gomes. “Justiça Resturativa: O Paradigma do Encontro”. Disponível em http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_356.pdf.

15 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. “Breves apontamentos acerca da relação entre justiça restaurativa e o sistema de justiça criminal brasileiro”. São Paulo: Artigo publicado no **Boletim IBCCRIM** nº 206 - Janeiro / 2010.

mo medidas alternativas não conseguem ser tão efetivas se aplicadas dentro do modelo punitivo ou sob sua lógica.”¹⁶

Percebe-se que os dados “eficientistas” mais claros dizem respeito à satisfação dos participantes nos programas restaurativos, o que não pode ser desconsiderado, pois isso tem relação direta com a sensação de insegurança que impulsiona os discursos repressivos. Um maior nível de satisfação com a atuação da justiça, evidentemente, resultará numa percepção maior de realização da justiça que, no fundo, é o fator utilizado pelos discursos populistas contra a “impunidade”, que manipulam o medo social e buscam caucionar a seguinte ideia: só a punição traz justiça.

Nessa linha, Howard Zehr apresenta o seguinte:

“Isso não ocorre com todo mundo, mas pesquisas mostram que o índice de reincidência cai em um terço. E, quando cometem um novo crime, é menos sério do que o anterior. Estudos mostram ainda que, na Justiça Restaurativa, 90% das vítimas ficam satisfeitas. A Nova Zelândia organizou o Judiciário em torno dessa ideia. O país não acredita que prender seja a melhor solução para crimes menores. Preferem o círculo restaurativo, que é acompanhado por facilitadores treinados, não por juízes, cuja presença remeteria à autoridade tradicional. Nos EUA, dois adolescentes foram condenados à prisão porque colocaram uma bomba no jardim do diretor da escola. Depois do círculo, eles pagaram o carro que havia sido destruído e foram na porta das pessoas dizer o que tinham feito. A prisão foi suspensa.”¹⁷

Dentre outros fatores, há uma visão equivocada que é a imagem bélica do direito penal que atua como obstáculo a qualquer inovação na maneira de lidar com a questão criminal. A terminologia bélica usualmente associada à justiça penal revela mais do que um deslize de linguagem, mas a concepção arcaica e retributivista de que a violência deve ser respondida com mais violência. É visível a contradição que esse discurso tenta esconder: não se obtém a paz declarando guerra.

¹⁶ SICA, Leonardo. “Justiça Restaurativa: Críticas e Contra Críticas”. *RDPP* n. 47 Dez-Jan/2008 (Direito em Debate).

¹⁷ Howard Zehr, professor nos EUA, em entrevista ao jornal *Folha de São Paulo*, trata do tema “Justiça restaurativa” por ser pioneiro na aplicação desse novo conceito de Justiça nos EUA, e defende que seria uma proposta interessante para o Brasil. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0704200813.htm>.

Vislumbra-se que a mediação da racionalidade penal moderna, na era da informação, repercute decisivamente nas políticas públicas de controle do crime, e mais ainda, na atuação do Poder Judiciário, tanto na decisão de casos concretos, tanto nas barreiras institucionais que as suas agências levantam contra qualquer nova abordagem do problema criminal que se distancie das máximas punitivas impregnadas no senso comum. Então a punição torna-se a regra geral e a exemplaridade uma necessidade social da justiça.

É proposta uma conclusão por Leonardo Sica:

“Enfim, a construção do novo paradigma deve se direcionar à ampliação do acesso à justiça, sem aumentar as possibilidades de exercício do poder punitivo, mas cindindo o sistema penal num quadro de dupla entrada (mediação e punição), o qual poderá, em tese, diminuir tanto o número de castigos impostos, quanto a cifra negra, oferecendo uma resposta institucional mais acessível e viável para uma série de conflitos que ficam marginalizados ou não encontram respostas satisfatórias dentro de um sistema da mão única, fechado e inflexível.”¹⁸

Deve-se, assim, se utilizar das pesquisas já demonstradas de que a Justiça Restaurativa amplia a sensação de realização de justiça nas comunidades, assim como contribui para “consertar” essa visão equivocada acerca da questão criminal, demonstrando que a ação dos tribunais, por si só, não determina o aumento ou decréscimo da criminalidade e que o controle do crime não é só um problema de polícia e nem uma questão de aplicação da norma violada.

6. CONCLUSÃO

Como demonstrado no presente trabalho, a falência da aplicação da pena privativa da liberdade é um processo em curso. No Brasil, esse processo assume feição ainda mais cruel em virtude de nosso passado de sociedade colonizada e escravista. O projeto de colonização de nossa terra forjou uma sociedade marcadamente desigual, construindo uma pobreza marginal estigmatizada e criminalizada.

¹⁸ SICA, Leonardo. "Justiça Restaurativa: Críticas e Contra Críticas". RDPP n. 47 Dez-Jan/2008 (Direito em Debate).

Assim, o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente nenhuma das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa nem prevê a retribuição na medida certa. Contudo, é um modelo adequado com a sociedade excludente.

Verifica-se que os presídios sofrem o déficit de vagas, sendo certamente um dos mais alarmantes problemas do sistema penitenciário brasileiro, o que obriga milhares de detentos a conviverem em condições de precariedade. Porém, a superlotação não é o único problema enfrentado pelas pessoas privadas da liberdade. No entanto, a solução para este problema não se resume na construção de mais estabelecimentos prisionais.

A aposta no modelo de Justiça Restaurativa surge como uma necessidade premente, pois não é possível continuar apostando em um modelo punitivo incompatível com o Estado democrático.

Inicialmente pode-se pensar que a Justiça Restaurativa se apresenta como um modelo utópico com soluções simples e, ao mesmo tempo, mais eficientes e democráticas. A Justiça Restaurativa se mostra como um modelo mais humano, que aproxima as partes envolvidas e afetadas pelo delito e devolve a estas a competência de resolução dos conflitos. A adoção do modelo restaurativo indica uma verdadeira forma de transformação, de uma real possibilidade de mudanças. É um caminho para a concretização da aceitação dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito.

A grande questão a ser enfrentada pela implantação da Justiça Restaurativa no Brasil está no fato de a sociedade acreditar que a imposição do castigo e da dor representam o conceito de justiça, e que o diálogo e compreensão não podem fazer parte deste.

Por isso, para compreender a proposta do presente trabalho, é necessário que se exerça a mudança na forma de se perceber o crime e a justiça. Então a Justiça Restaurativa propõe exatamente isso, uma verdadeira troca de lentes, substituindo a retribuição pela construção de uma resposta para cada caso, para cada envolvido. Não existem respostas padronizadas e imediatas, estas são resultado da participação equânime da vítima e do ofensor com vistas à criação de novas soluções mais humanas. ❖

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Direito Penal Máximo X Cidadania Mínima**. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

AUGUSTO DE SÁ, Alvinio; "Justiça Restaurativa: Uma Abordagem à Luz da Criminologia Crítica no Âmbito da Execução da Pena Privativa de Liberdade"; **Doutrina - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal** n. 16- Fev-Mar/2007

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro, Revan. 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Revam, 10º ed., 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V. I. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Teoria da Pena e Medida de Segurança**. Saraiva, 2013.

CPI do Sistema Carcerário - Relatório Final - Julho de 2008 - disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/sistema-prisional/relatorio-final-cpi-sistema-carcerario-2008>.

CF, Robson Sávio Reis Souza. "Falência das Prisões". **Jornal Estado de Minas**, Belo Horizonte, 24 de março de 2008. Opinião, p. 9.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Eduardo. **Política criminal e alternativas a prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes. **A Fábrica de Penas**. Rio de Janeiro: Revan. 2009. PALLAMOLLA, Rafaela Porciuncula. "Justiça Restaurativa - da teoria à prática". São Paulo: IBCCRIM. 2009.

PALLAMOLLA, Rafaela Porciuncula "Breves apontamentos acerca da relação entre justiça restaurativa e o sistema de justiça criminal brasileiro". São Paulo: Artigo publicado no **Boletim IBCCRIM** nº 206 - Janeiro / 2010.

PINTO, Rento Sócrates Gomes. "Justiça Resturativa: O Paradigma do Encontro". Disponível em http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_356.pdf.

RAUPP, Mariana & BENEDETTI, Juliana. "A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre". **Revista Ultima Ratio**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba. Juruá. 2009

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: RT. 2010.

SCURO NETO, Pedro. "Justiça nas Escolas: As funções das Camaras Restaurativas. O direito é aprender." Brasília: Fundescola /Projeto Nordeste/MEC-BIRD. 1999

SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. "Justiça Restaurativa" (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. 1ª edição. São Paulo: Palas Athena. 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes - um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo. Palas Athenas.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - I**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PELIKAN, Christa. "Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal". Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa, set. de 2003, edição da APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima.

Justiça e Política: Arenas de Desiguais (Justice and Politics: Arena of Unequals)

Marcelo Moraes Caetano

Professor Adjunto da UERJ, Membro efetivo da Academia Brasileira de Filologia (cadeira 38) e do International PEN Club (Londres-Rio de Janeiro).

Alexandre Chini

Juiz de Direito, Membro do Fórum Permanente de História do Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

RESUMO: As sociedades se erigem ao redor de valores, como os culturais e os éticos, constantemente submetidos à apreciação de seus componentes, expressa pelas práticas discursivas. Essa característica dialógica dos tecidos sociais – que ocorre em meio a interesses distintos e muitas vezes divergentes – confere-lhes dinamicidade, à qual está atrelado o conceito de Política (cf. Platão e Aristóteles). Decorre dessa pluralidade a existência de conflitos e controvérsias, riscos e incertezas (cf. Lafer), que necessitam, por um prisma natural e/ou moral (cf. Hobbes e Grotius), da dialética profunda (cf. Hegel), a um só tempo funcionalista e formalista, por cuja metodologia científico-filosófica promana uma sentença capaz de contemplar tanto os valores absolutos quanto os relativos, de acordo com a necessidade e a etapa do que se está julgando. À Justiça, neste quadro complexo, compete estabelecer a síntese dos fatos concretos, a partir de um assento de onde pode vislumbrar o ideal (cf. Kant) imanente ao passado, presente e futuro do povo a que presta serviço jussivo. Esse papel regulador dos parâmetros sociais amiúde tensos implica uma das definições possíveis de

Justiça, que sopesa qualidade e quantidade (cf. Aristóteles), construindo hierarquias. O estabelecimento do equilíbrio de muitos equilíbrios, portanto, é intrínseco à epistemologia da Justiça em si mesma e por si mesma, diante da profícua potência (cf. Humboldt) de dualidades que provém da Política. Este ensaio pretende, portanto, discorrer sobre o que se pode nomear de função (resolutiva), metafunção e epifunção da Justiça, cuja ocupação é o Bem das sociedades em seus decursos históricos, jurídicos, diplomáticos, simbólicos, econômicos.

PALVRAS-CHAVE: Justiça. Política. Qualidade. Quantidade. Dialética. Equilíbrio

ABSTRACT: Societies grow around values such as cultural and ethical, constantly submitted to its components, expressed by discursive practices. This dialogic characteristic of the society – which comes among different and often divergent interests – gives them dynamicity, linked to the concept of Politics (cf. Plato and Aristotle). From this plurality, conflicts and disputes, risks and uncertainties (cf. Lafer) are born, which need, by a natural or moral prism (cf. Hobbes and Grotius), the deep dialectics (cf. Hegel), functionalist and formalist at the same time, in which scientific and philosophical methodology emanates a sentence able to contemplate both the absolute and relative values, according to the need and the stage of what is being judged. Justice, in this complex framework, is responsible for establishing the synthesis of concrete facts, from a seat where it can glimpse the ideal (cf. Kant) immanent to the past, present and future of the people to whom jussive service is provided. This regulatory role of frequent tense social parameters implies a possible definitions of Justice, which weighs quality and quantity (cf. Aristotle), building hierarchies. The establishment of the balance of many balances, therefore, is intrinsic to the epistemology of Justice in itself and for itself, before the fruitful power (cf. Humboldt) of dualities that come from Policy. This paper therefore aims to discuss what can be named (resolutive) function, metafunction and epifunction of Justice, whose occupation is the Good for the societies in their historical, legal, diplomatic, symbolic, economic paths.

KEYWORDS: Justice. Politics. Quality. Quantity. Dialectics. Balance.

1. INTRODUÇÃO

A palavra “arena” é de origem latina e forneceu, à língua portuguesa, tanto “arena”, sinônimo de “local de lutas” (de iguais ou desiguais), quanto “areia”, que proveio da metonímia do fato de a areia ser o piso com que se revestiam as arenas, e da metáfora de ser a mesma areia algo essencialmente homogêneo e suave, facilmente passível de ser repartido de modo igualitário e satisfatório. Com a areia também se faziam, desde a Antiguidade, eficientes relógios. Portanto, a areia marcava tanto o território (espaço), quanto a passagem das horas (tempo).

A partir dessa constatação etimológica, rumaremos à anamnese das ideias centrais presentes nos conceitos de Justiça e de Política.

É necessário um preâmbulo. Para este ensaio, quando falamos em “Política”, basta que se recorra de modo amplo à sua noção tão bem estabelecida, por exemplo, em Platão e em Aristóteles (cf. ARISTÓTELES, 2011). Tanto naquele, o Professor, quanto neste último, seu Discípulo mais úbere, o conceito de Política se delinea, *grosso modo*, como o conjunto de sujeitos, individuais ou coletivos, que precisam conciliar seus interesses específicos aos interesses de uma coletividade em que se inserem. As subjetividades precisam adequar-se à objetividade do tecido coletivo/social. É necessário que viver e conviver sejam conciliados, o que nem sempre se dá de forma natural, uma vez que pode haver discordância de aptidões e interesses – aliás, uma das regras da “condição humana” (cf. HANNAH ARENDT, 2013). Duas ou mais pessoas convivendo requerem, obrigatoriamente, o manejo da arte da Política. Isso ocorre indistintamente nas culturas complexas (como as formadoras de civilização e/ou ciência) e nas rudimentares. Todos nascemos em culturas, e estas põem sobre cada um, ao nascer, suas marcas éticas e êmicas, que podem colidir com anseios e interesses específicos.

Era a isso que Durkheim e Saussure (cf. SAUSSURE, 1984) se referiam ao traçarem o conceito de “fato social”, em que a língua, entre outros fatos culturais, se insere: todo e qualquer fato social precede o nascimento do indivíduo, e o indivíduo precisa adaptar-se à sua compleição, mesmo que provisória; mudanças de compleição social, que são as regras dos fatos sociais (contributo dos pós-estruturalistas às obras de Durkheim e Saussure), sucedem os indivíduos e são geradas pela participação ativa destes no tecido social em que atuam. Assim sendo, pessoas individuais, com suas especificidades, inserem-se no convívio social; pessoas cole-

tivas (como empresas ou Estados) igualmente se inserem numa ordem maior que a abarca nacional ou internacionalmente. Pessoas individuais ou coletivas nascem sob a égide de um *status quo* (uma língua, um ordenamento jurídico X, por exemplo), mas a força dissociadora presente no âmago da Política, quase sinônima complementar de “convívio”, como vimos (sobretudo entre interesses desiguais), atua de modo ora furtivo, ora rompante, no sentido de ocasionar mudanças, reguladas pela natureza estática (estável ou conciliadora) da Justiça, que equilibra as ordens passada e presente com a ordem futura.

Na sábia metáfora filológica usada por Hugo Schuchardt, retirada da física clássica, a Política se baseia na primazia da força centrífuga (“divergente do centro”), ao passo que à Justiça cabe a primazia da força centrípeta (“convergente ao centro”).

A Política lida, como dissemos, com forças descentralizadoras (centrífugas), interesses muitas vezes discordantes, que podem gerar tensão e/ou conflito (nos planos social, jurídico, diplomático etc.), incerteza e/ou risco (nos planos financeiro, econômico etc.), porque sujeitos detêm aspirações que, em alguns casos, vão de encontro frontal à ordem maior em que se inserem, incluída aí a mera presença de um único outro sujeito discordante. Hobbes e Grotius (HOBBS, 1980), com suas ideias sobre natureza ou moral, aplicáveis às relações humanas (individuais ou coletivas), trouxeram importantíssimas ramificações às discussões que se empreendiam, havia longa data, sobre os basilares conceitos de “qualidade” e “quantidade”, de que nos valeremos em momento oportuno para buscar atingir o escopo principal deste ensaio.

Dito isto, será a partir do ponto de vista da Política que a Justiça será por nós, neste texto, pensada e refletida. Como se percebe, e como fora por nós renunciado, nosso método é o desconstrucionismo, ou o pós-estruturalismo, uma vez que nosso ponto de vista seminal ou primogênito será a periferia do sistema/paradigma social, que é a Política, sendo a Justiça o centro deste mesmo paradigma. Explique-se a questão do método por nós adotado: tudo o que lida com pluralidade ou forças centrífugas, na consabida dicotomia estruturalista “Centro” X “Periferia” ou “Hegemônico” X “Não hegemônico”, é metodologicamente considerado como periférico, até em razão das forças centrífugas que regem quaisquer núcleos pautados na diversidade, que apontam exatamente em todas as direções, em “todos os ventos”, nas palavras de Nietzsche (cf. NIETZSCHE, 2009), para fora do eixo central.

Com isso, entretanto, não se atribui escala alguma de gradiente melhorativo ou pejorativo a nenhum dos dois pontos de referência (“Centro” e “Periferia”). Tão somente se estabelecem as bases segundo as quais o contraste, indispensável a qualquer reflexão, pode urdir-se na análise necessária. E, uma vez que o ponto de referência inaugural para nós será o que é periferia (Política) no paradigma social aqui perquirido (Justiça-Política), trata-se, como queríamos demonstrar, de um método desconstrucionista, cuja base analítica parte do não hegemônico ou periférico para explicar o hegemônico ou central.

Além disso, corroborando ainda mais o desconstrucionismo, nosso método reconhece e referencia a existência da mudança no tecido social que precedeu o sujeito individual ou coletivo. É claro que para esta inserção metodológica nos valem também de epistemólogos como *Popper*, *Kuhn* e *Feyerabend*, que explicaram o mecanismo das “mudanças de paradigma” nas ciências.

2. JUSTIÇA E POLÍTICA: A QUALIDADE REGULA A QUANTIDADE

Todo o nosso trabalho no campo do direito – artigos e livros – tem sido pautado na busca de captação de construtos teóricos e métodos científicos que contribuam para a aplicação da Justiça concreta (cf. CAETANO; CHINI, 2016). Como o século XXI traz em seu âmago a transdisciplinaridade, é mais do que natural que venhamos a buscar em ciências outras as raízes sobre as quais nossa investigação maior se erige.

Longe de ser tarefa simples, a reflexão sobre Justiça, que desejamos alicerçada em filosofia da ciência (epistemologia), exigirá gradativa exposição e explicitação de conceitos, que devem seguir uma espécie de protocolo científico quanto à hierarquia e organização paulatinas dos conceitos necessários à nossa consecução derradeira.

Será necessário, portanto, que se exponham, muito simples e didaticamente, alguns outros conceitos, que podem parecer, à primeira vista, distantes da engrenagem circundante sobre a qual buscamos aqui refletir. À medida que suas exposições se processarem, portanto, será necessária a articulação e a conjugação de seus cernes a outros cernes. Muitas vezes, a mera aposição de conceitos será considerada por nós como autoexplicativa, sem necessidades do que cremos que viria a constituir verdadeiros pleonasmos viciosos. Procuraremos ser didáticos sem, com isso, sermos superficiais.

É como, metodologicamente, agiremos a partir daqui.

Refleta-se, antes de tudo, sobre as categorias aristotélicas de “Qualidade” e “Quantidade” e como Justiça e Política retêm cada uma delas e distribuem-se em função dessas essências.

Vamos aos conceitos preambulares, ficando claro ao leitor que nossas bases são Platão e Aristóteles, mas também Hobbes, Grotius, Kant, Hegel, Humboldt e outros.

A qualidade é subjetiva, natural, instintiva, física, fixa, formal, absoluta. Uma das características – não única – da categoria de qualidade é ser afeita ao espírito do Romantismo e seus golpes sociais, tão presentes na História humana (e por vezes chamados de “revoluções”), mormente os ocorridos a partir do fim do século XVIII, como a Revolução Americana, a Revolução Francesa, a Revolução Industrial, a Independência do Brasil, a Revolução Russa, a Revolução Cubana etc.

A quantidade é objetiva, contratual, moral, positiva, mutável, funcional, relativa, afeita ao espírito do Neoclassicismo, cujo epígono ocorreu do fim do século XVII até o meado do século XVIII.

Sobre essa distinção epistemológica entre Romantismo e Neoclassicismo, que os coaduna a modos de pensar qualitativo ou quantitativo, remetemos o leitor interessado ao filósofo Chaim Perelman (PERELMANN, 1987), bem como aos nossos artigos sobre argumentação jurídica e epistemologia aplicada (Cf. Chini e Caetano).

As categorias de qualidade e quantidade não são permutáveis uma com a outra, embora dialoguem, sutileza que requer um modo bastante atilado de pensar e discernir. Trata-se de postulado que tentaremos demonstrar a seguir, e de cujas premissas e conclusões emanará a própria essência deste nosso ensaio.

A qualidade traz à luz a primazia do ponto de vista (ou da perspectiva) do sujeito. A quantidade traz à luz a primazia do ponto de vista (ou da perspectiva) do objeto. Também são postulados que, em convergência com o anterior, perfarão, assim desejamos, a ideia central aqui apontada.

Podemos submeter essa primeira conclusão, baseada na articulação dos postulados há pouco perfilados sobre qualidade e quantidade, a uma experiência facilmente assimilável pela racionalidade.

Um simples copo d’água pode ser observado segundo critérios de qualidade ou quantidade, e as modificações daí decorrentes serão enor-

mes. Essas modificações, em último grau, afetarão até mesmo a possibilidade – ou não – de um elemento qualquer ser substituível por outro. Se equacionarmos a essas categorias as mencionadas contribuições de Hobbes e Grotius, os algoritmos revelarão uma complexidade muito relevante, que não poderá ser aprofundada neste ensaio, porquanto esse aprofundamento requeresse texto de caráter muito mais amplo.

Voltemos à análise do copo d'água.

No campo da qualidade, como dissemos, o copo d'água depende da visão do sujeito. Responde à questão O QUE é ou QUAL é, de onde provém o próprio vocábulo “qualidade”. O que é um copo d'água para quem está há dois dias no deserto? O que é o mesmo copo d'água para quem está há cinco horas em pleno mar aberto no meio de uma tempestade? Os pontos de vista ou as perspectivas sobre este copo, idêntico materialmente, serão absolutas, inegociáveis, infranqueáveis. Sua eficácia é, ou deve buscar ser, absoluta, embora advinda do que consensualmente (queremos dizer: no senso comum) possa parecer relativo, a saber, o sujeito.

Como conseguir extrair do que advém de necessidades pessoais/ subjetivas (individuais ou coletivas; físicas ou empresariais/estatais) fórmulas que contemplem, pela emanção mesma da natureza humana, a todos os seres humanos ou pessoas (físicas ou jurídicas) irrestritamente, de modo objetivo, sem possibilidade de negociações, ou submetendo essas negociações a cordames muito seletos ou, em melhores palavras, justos, isto é, sem permitir que nada exceda ou falte? Esse é o propósito primeiro e último da Justiça, que está atrelado ao que chamaremos sua “epifunção” no momento adequado deste ensaio.

Ao retirar do que é específico e pessoal uma fórmula geral e universal, a Justiça revela-se *alma mater* das ciências humanas como um todo, perseguindo o método indutivo de pensar.

Uma vez no alto da abstração teórica formulada, a Justiça se volta, mais uma vez, para o plano específico ou pessoal, aplicando a teoria dali haurida, cuja essência é geral e universal, a fim de que esta possa ser ajustada incessantemente à realidade como esta se apresenta, sempre atualizada no “razoável ou não razoável” (cf. WITTGENSTEIN, 1984) da vida. Com isso, seu método é o dedutivo.

Na eterna dialética, não apenas dos fatos em si mesmos, como também das metodologias segundo as quais esses fatos devem proporcionar o Bem e o Justo – indutivo/dedutivo –, assenta com estabilidade o espí-

rito da Justiça. Partir do específico, gerar o universal e retornar ao específico, isso é intrínseco à Justiça porque é o movimento que propulsiona sua fonte primeira e última – o Bem. Perceba-se que esta não foi, *ainda*, uma “definição” de Justiça, mas uma *invitation à la danse* ao propugnar por seu propósito (e a maneira cientificamente explicável de alcançá-lo), o qual afasta de seu paradigma, clareando-o, todos os elementos que lhe são extrínsecos.

O mesmo copo d’água, voltando mais uma vez a ele, e nas mesmas duas situações descritas acima, pode ser, ora, submetido também ao crivo da categoria de quantidade para que se verifique, deste experimento empírico e racionalista, como a eficiência quantitativa depende de um contexto de harmonia previamente estabelecido para ser lógica e coerente. Responda-se a isto: QUANTO vale (ou custa...) um copo d’água? Tente-se substituir o copo d’água, em quaisquer das duas situações, por uma medalha de ouro, por um milhão de dólares, pelo que quer que seja, enfim.

A sua presença ou ausência radicais e inegociáveis – respectivamente nos casos do “sujeito do deserto” e do “sujeito do mar aberto” – são insubstituíveis, irrevogáveis e irredarguíveis. Trata-se de lógica, análise quantitativa de dados, proveniente, contudo, da necessidade natural (qualitativa) de informações oriundas de sujeitos em situações distintas. Trata-se da moral nascida do natural, para voltarmos a Hobbes e Grotius. Trata-se do absoluto coroado pelas vicissitudes distintas da pluralidade. Como anunciáramos, o embrenhar-se é sutil e não permite conclusões apriorísticas, dada a sua complexa rede de (inter)diálogos.

Estar com sede, no caso do deserto, e ter necessidade de ar e calmaria, no caso da tempestade em pleno mar, não são negociáveis, e não podem ter seus remédios substituídos por objetos contratualmente ou moralmente determinados, senão exclusivamente por algo cuja natureza mesma se apresenta de forma inequívoca e translúcida de maneira imperativa e categórica (cf. KANT, 2009), isto é, igual a qualquer ser humano em situações idênticas, em qualquer espaço, em qualquer tempo.

A psicologia funciona exatamente porque, em que pese às diferenças e especificidades humanas, há algo em comum a todas as mentes humanas.

Partimos dessas situações-limite (o deserto e o mar aberto), para averiguarmos que, entre elas, naturalmente, há todo o caleidoscópio de necessidades (físicas) e quantificações (morais) que tecem e entretecem,

por exemplo, o tecido jurídico, que de forma alguma deve colidir com a natureza ontológica da Justiça – o que lamentavelmente ocorreu algumas vezes ao longo da História.

A Justiça pertence antes de tudo à categoria de qualidade (formal), mas possui papéis resolutivos que pertencem à categoria da quantidade (funcional). A Justiça não pode esquivar-se do ponto de vista dos sujeitos envolvidos, porque isso seria contrário à própria fonte primeira e última da Justiça – o Bem. Aprofundar-nos-emos na Justiça, como anunciamos, à medida que o conceito de Política for mais bem referenciado.

3. APROFUNDANDO O DIÁLOGO: AS 3 FUNÇÕES DA JUSTIÇA

A Política pertence à categoria da quantidade. Nela estão inseridos os discursos e as diversidades, que são fatos concretos, mensuráveis, centrífugos – quantificáveis; expressam-se por enunciados múltiplos e plurais. A discursividade, o debate, o contraditório, a responsividade, heterogêneos exatamente em função desse atributo não acidental de suas naturezas, constroem a própria Política em si mesma, mas não por si mesma. Seu estatuto é o funcionamento (por isso afirmamos ser ela essencialmente funcional), o pragmatismo. Não estamos aqui falando em regimes políticos específicos – como a democracia –, mas, sim, mostrando, em consonância com a definição platônico-aristotélica de Política que apresentamos há pouco, que a existência da pluralidade discursiva, do debate, da controvérsia, da responsividade é intrínseca à Política.

A Justiça, por sua vez, é sintetizadora das pluralidades, e sensível a elas, mas sua natureza é essencialmente (embora não exclusivamente) abstrata (à maneira de uma língua em cotejo com os discursos que a compõem), imensurável, centrípeta – qualificável; a Justiça expressa-se por sentenças. A Justiça ocorre em si mesma e por si mesma. Por essa razão é que a qualidade, em que a Justiça se insere, é formal. Não se pode “convencer” ou “persuadir” o “sujeito do deserto” a não ter sede, nem tampouco o “sujeito do mar aberto” a desejar beber um copo d’água. O estatuto último da Justiça, pois, é o formalismo, o universalismo, o absoluto. Algo semelhante àquilo que Goethe enunciou ao propalar que “a pureza é a força última do Universo” (cf. GOETHE, 2004), ou que Kierkegaard nos apresentou ao sentenciar: “O indispensável é o absoluto” (KIERKEGAARD, 1979).

Como ficou registrado, qualidade e quantidade, ao contrário do que os extremistas poderiam sugerir, não são dicotomias, mas, sim, binômios:

entrelaçam-se e interagem. Em outras palavras, Justiça e Política não se consolidam em ambientes estanques, porque, em vez disso, seus ambientes e seus sábios necessitam frequentemente de consultas aos ambientes e sábios ao redor. Não se trata, como deve ter ficado claro, de forças “oraculares”, mas, muito ao invés disso, de forças que dialogam uma com a outra e ambas consigo próprias. Daí provém o equilíbrio dos poderes popular ou descritivo (Política) e jussivo ou prescritivo (Justiça).

A própria dialética de Hegel, verdadeiro tratado de anatomia da racionalidade do dualismo (HEGEL, 1806), inscrito inexoravelmente nas convivências, prevê que somente levando-se em consideração os fatores concretos e reais é que a abstração da síntese promana com naturalidade.

No entanto, além de desempenhar um papel por assim dizer pragmático, operando na realidade dos fatos concretos, ou na concretude dos fatos reais, como se prefira, a Justiça possui uma espécie de metafunção e, para além dela, uma epifunção, que é a de estabelecer previamente o território limpo em que as avaliações e julgamentos, qualitativos ou quantitativos, poderão ser corretamente aplicados. Humboldt propôs o binômio *Enérgon/Érgon* (HUMBOLDT, 2004), que ele traduziu para o alemão como “*Tätigkeit*”/“*Werk*”, que equivalem, em linguística e em epistemologia em geral, a “Potência”/“Produto”. No plano das relações internacionais, que têm como sujeitos os Estados ou as coletividades Políticas (que podem ser de teor preponderantemente econômico, financeiro, diplomático etc.), distingue-se um par que desejamos articular ao binômio humboldtiano: o já mencionado duo “Controvérsia”/ “Tensão” (cf. LAFER, 2004). A tensão é difusa e muitas vezes velada, enquanto a controvérsia apresenta conflitos de interesses específicos que se sobrepõem com clareza ao concerto internacional. Um dos nossos exemplos derradeiros, neste ensaio, será sobre uma questão de Justiça-Política Internacional.

Articulando-se os dois binômios, e transcendendo-os do campo das relações externas para as relações individuais no esteio de uma sociedade, observa-se que a função da Justiça não é apenas solucionar de forma objetiva controvérsias (concretas) ou tensões (difusas), o que em economia equivaleria ao binômio riscos (concretos) ou incertezas (difusas): é promover uma harmonia prévia, que está atrelada à eficácia, em que, só então, pode-se estabelecer a eficiência do contrato, seja ele qual for. Nesse sentido, a eficácia (estabilidade; *Érgon*; *Werk*; *Produto*) precede a eficiência (dinamicidade; *Enérgon*; *Tätigkeit*; *Potência*), na medida em que não

se pode lidar com eventos com possibilidade de eficiência se não se estabelece antes um terreno plano e reto em que essa eficiência possa, enfim, deixar de ser potência ou atividade (Enérگون; Tätigkeit) e se transforme em produto ou ação (Érgon; Werk). É a areia que volta a ser evocada para o esclarecimento e o clareamento da arena, que deve ser plana e limpa.

A espada com que a imagem da Justiça se consagrou ao imaginário coletivo se presta, entre muitas outras, a duas interpretações: trata-se do símbolo daquele instrumento que, soerguido em meio à batalha, é capaz de romper os laços que unem os litigantes, concedendo a ambas as partes a tranquilidade de não mais ver-se enredada, de nenhuma forma, àquele outro que lhe causara desarmonia. Trata-se, outrossim, do símbolo de que o poder de quem a ergue para aquela primeira função é algo que deve ser tão legítimo e natural, que nem mesmo o receio oriundo da “espada de Dâmocles” (o receio mitológico que todo aquele que detém o poder deve envergar ao estar “por um fio” da queda da espada sobre seu trono) deve ser capaz de demover o julgador, *tertius inter partes*, de sua função propiciadora da paz prévia (como demonstramos ser a epifunção da Justiça), circundante (sua função enquanto há o processo, o que vem a ser a metafunção da Justiça) e, finalmente, posterior e definitiva (o que está no campo das funções pragmáticas – mas participe igualmente da epifunção – da Justiça).

Antes de tudo, havia apenas uma “*rudis indigestaque moles*” (“matéria rude e informe”), no incensado verso da *Teogonia*, de Hesíodo. Não é com esse caos que a Justiça – tampouco a Política – sabe lidar. “De onde as coisas partem, para aí mesmo retornam”, como diriam os pré-socráticos, o que no campo geral da Justiça equivale à paz que precede & sucede (& também deve perpassar, no processo) o objeto de disputa em meio à Política e sua arena.

A areia do tempo deve ser fina e depurada suficientemente, para não ser rápida a ponto de deixar escoarem levemente detalhes importantes, nem lenta e excessivamente obstruída a ponto de exceder o limite humano de tolerância aos dissabores e sofrimentos que incorrem em uma disputa. “O processo” não pode recalcitrar na distopia excruciante com que o descreveu Kafka. O meio jamais pode transformar-se em obstáculo. A espada deve ser a um só tempo abstrata e concreta, como uma verdadeira espada do Rei Salomão, que, sem precisar partir literalmente ao meio um bebê, fez vir à luz, por sua aplicação sábia – verbal, mas não

literal –, a verdade por trás de reclamantes igualmente (a princípio) verossímeis.

Como vimos, e ora pensamos ter demonstrado, a Justiça lida com o funcionalismo, uma vez que deve resolver de forma pragmática as desavenças, mas também com o formalismo, uma vez que é absoluta e estática, ou estável, em seu compromisso maior – e exclusivo – com o Bem.

No que tange ao campo funcional no que se refere à aplicação da Justiça, trata-se também de um movimento dialético radical, em que tese e antítese se contrabalançam até que um equilíbrio provisório, chamado síntese, se estabeleça. Mostramos residir aí a epifunção da Justiça, alçada ao estatuto de filosofia da ciência (epistemologia) em sua natureza última.

Seguindo seu caminho na dialética radical (cf. Adorno ou Wittgenstein, por exemplo), inerente à natureza dualista dos convívios, essa sucessão de equilíbrios provisórios visa ao alcance ideal de um equilíbrio porvindouro que seja definitivo (cf. Kant ou Wittgenstein). Eis a explicitação do que se pode considerar a segunda inflexão da epifunção da Justiça, cuja primeira fora o estabelecimento prévio da eficácia para que as eficiências possam ocorrer, como mostramos.

Com isso, queremos mais uma vez dizer que a Justiça não apenas opera na resolução – ou síntese – imediata de teses/antíteses, mas também tem olhos no devir de benesses que o futuro permite que prosperem. A Justiça lida, portanto, com o equilíbrio dos muitos equilíbrios.

É chegada a hora de outra explicitação, que nos fará retornar ao que até aqui apresentamos – característica do ir e vir que a “reflexão”, com seus “reflexos”, engloba. A ciência da física, na mecânica clássica, estabeleceu que há dois tipos de equilíbrio: o estático e o dinâmico. Da sucessão de equilíbrios dinâmicos, em pleno movimento, semelhantes à verossimilhança de um “estado de língua” ou a uma fotografia – que, embora sem pretender-se “real”, consegue fixar parte apreensível, provisória e verossímil da realidade –, nascerá, no devir, um equilíbrio estático, cuja utopia deve ser sempre perseguida por quem lida com a Teoria/Teologia da Justiça. A Justiça não pode, portanto, escravizar-se exclusivamente ao imediatismo de “fotografias” ou “estados (provisórios) de línguas/sentenças”. Não deve a Justiça apenas “fotografar” uma solução: seu corpo volta-se em essência para as utopias (*locus amoenus* onde na verdade a Justiça se assenta), que não são fotografáveis, mas que, num imperativo categórico (cf. Kant), é dado a todo ser humano reconhecer e sentir. Por isso mesmo

Platão sempre dizia que a Justiça é, antes do mais, um “senso”: a Justiça deve ser sentida, e não apenas pensada. Para isso, Platão usava, dentre outras, a metáfora do juiz que deve julgar “com os olhos da alma”.

A Justiça, embora detenha o laurel – gládio e gáudio – de porta-voz do Bem, qualitativa, subjetiva e absoluta em essência, possui, como se percebeu, pontos de inflexão: alguns, de natureza qualitativa; outros, de natureza quantitativa. Ou seja, é necessário que se opere com o “verbo” da Justiça de modo pragmático e funcional, à moda do Rei Salomão com o “verbo” da espada, sem precisar recorrer à espada em si mesma, mas também é necessário que se opere com a “língua” da Justiça, cujo corpo nunca deixa de estar assentado na soberania do Bem imutável e universal, equilibrando o passado e o presente ao futuro. Trata-se da Justiça como o equilíbrio de muitos equilíbrios.

Convém aqui, por fim, conceder um par de exemplos. Em termos de processo legiferante, a qualidade deve ser regra precípua nos tratados internacionais, e seus reflexos devem ocorrer nas constituições dos países signatários. O repúdio ao terrorismo e ao racismo, por exemplo, está na Constituição Brasileira, no artigo 4º, VIII. O Tratado Interamericano de Assistência Recíproca – TIAR – é lastro que se pode citar para o dispositivo/diploma. A gramática normativa de uma língua nacional, ou idioma – na natureza de diploma que este idioma revela em face do mundo inteiro –, e para darmos outro exemplo de tessitura pujante, faz parte também do processo legiferante de Política e de Justiça, uma vez que sua fatura migra a partir dos pontos de vista dos sujeitos e de suas quantidades em convívio (os discursos), extraindo daí uma síntese de equilíbrios provisórios, que se equilibram, por sua vez, com o equilíbrio epilinguístico entre o passado/presente deste idioma e o seu futuro – uma norma-padrão, rosto do idioma para o mundo. Trata-se da gramática da norma-padrão como o equilíbrio de muitos equilíbrios.

4. CONCLUSÃO

Conclui-se: a pluralidade de discursos, característica da Política, deve ser sempre perpassada docilmente pelo “verbo” (espada) e pela “língua” (epifunção e metafunção) da Justiça. Se não levarmos em conta o intercâmbio entre os equilíbrios dinâmico (descritivo) e estático (prescritivo) que criam a sociedade – e são criados por necessidades dela própria, ressalte-se –, estaremos a mascarar a realidade dos fatos sociais em meio

a brumas que se apegam ou à fantasia da suposta imutabilidade do *status quo*, ou à ilusão de que a alta velocidade deveria, irrestritamente, içar os ventos das mudanças, quaisquer que sejam, no seio social. ❖

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Edipro, 2011.

CAETANO, Marcelo Moraes; CHINI, Alexandre. **Princípios de argumentação jurídica: a lógica e a retórica**. Saarbrücken (Alemanha): Omni Scriptum, 2016.

GOETHE, Johan Wolfgang. **Fausto**. São Paulo: Editora 34, 2004.

HEGEL. **Phänomenologie des Geistes**. Berlin, Guttenberg Spiegel, 1806.

HOBBS, Thomas. **O direito e o estado moderno**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1980.

HUMBOLDT, Wilhelm. **Os limites da ação do Estado**. Rio de Janeiro: TOP Books, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KIERKEGAARD, Soren. **Ou isso, ou aquilo: um fragmento da vida**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LAFER, Celso. **A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira: passado, presente e futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral – uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PERELMAN, Chaïm. **Enciclopédia Einaudi**, Volume 11. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987, p. 234-265.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1984.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Bemerkungen**. Frankfurt. Suhrkamp, 1984.----- **Investigações Filosóficas**. São Paulo, Editora Nova Cultural, 1999.

Dos Danos Sociais

Reis Friede

Mestre e Doutor em Direito Público pela UFRJ. Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local da UNISUAM. Desembargador Federal. Vice-Presidente do Tribunal Federal da 2ª Região.

Luciano Aragão

Mestre em Direito, Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito e Advogado Empresarial.

RESUMO: Pretende-se com o presente estudo fomentar o debate doutrinário a respeito de uma nova espécie de dano, o *dano social*, modalidade que se diferencia do que a doutrina vem tratando como dano moral coletivo. O assunto será exposto, metodologicamente, em sessões que versarão sobre a conceituação, a natureza jurídica, a classificação e a legitimidade para requerer o *dano social* e, ainda, a quantificação, a destinação da verba condenatória, a prova e o cabimento da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Danos sociais; Dignidade Humana; Poder Judiciário.

ABSTRACT: The intention with the current study is to foment the doctrinaire debate concerning a new species of damage, the *social damage*, a modality that differs from what the doctrine is calling the collective moral damage. The issue will be exposed, methodologically, in sessions, which will deal about its concept, legal nature, the classification and the legitimacy to require the social damage, and, still, the quantification, the destination of the indemnity funds, the evidence and the suitability of the theory of strict liability.

KEYWORDS: Social Damages; Human Dignity; Judicial Power.

1. INTRODUÇÃO

Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm reforçado a ideia da existência do *dano social*, ainda que distanciado da anterior

e superada concepção de *dano moral coletivo*, conforme relatado pelo Ministro Luiz Fux no âmbito do REsp nº 598.281/MG:

Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). (STJ, REsp nº 598.281/MG, Rel. Min. Luiz Fux)

As palavras do Ministro Luiz Fux fundamentam a noção de que o dano moral, em sua essência, é individual, personalíssimo e, portanto, contrário à ideia de coletividade, ao passo que o cerne do *dano social* (analisado no presente artigo) é justamente a sua natureza difusa, ou seja, relativo àquilo que atinge a coletividade.

A partir dessas noções, e com base no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988¹, que estabelece a denominada cláusula geral de tutela da pessoa humana, desenvolver-se-á, no decorrer do presente estudo, a tese do cabimento dos *danos sociais* no direito brasileiro.

A Carta Magna de 1988 expressamente prevê que são objetivos da ordem social o bem-estar e a justiça social:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Bem-estar social é o conjunto de fatores que uma sociedade ou grupo social precisa ter para viver bem e mais, sendo a qualidade de vida essencial, para que, individualmente, as pessoas possam usufruir de seus direitos e ter paz interior.

De acordo com Forton (1974, p. 38), o bem-estar deve ser visto como meta e instrumento do desenvolvimento, no qual o homem é o criador de seu próprio destino social e, como membro da sociedade, considerado não só como beneficiário do bem-estar, mas também como seu implementador. Dentro dessa complexidade, pode-se inferir que o

1 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.

bem-estar é uma aspiração dos povos e dos indivíduos, que buscam a satisfação equitativa das necessidades em todos os setores, tais como o biológico, biofisiológico, material, intelectual, técnico, espiritual, moral, cultural e, por último, social.

Dessa forma, insere-se no conceito de bem-estar social tudo aquilo que se relaciona a uma qualidade de vida digna: meio ambiente equilibrado, emprego, política habitacional eficaz, acesso amplo e irrestrito à saúde, à Justiça e educação de qualidade, tempo para o lazer com a família e para a prática de esportes, política salarial digna etc.

Com efeito, toda vez que houver lesão ao bem-estar coletivo (interesse difuso tutelado pela ordem jurídico-constitucional) restará configurado o *dano social*, conceituado por Gonçalves (2003, p. 529) como: “toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem estar, capacidade de aquisição etc)”.

De forma não exaustiva, pode-se vislumbrar a existência de *dano social* nos casos que acarretam prejuízo aos usuários do sistema de telefonia móvel e de televisão a cabo; às comunidades residentes em locais próximos às barragens que se rompem; aos consumidores expostos à publicidade desleal; aos proprietários de apartamento em prédio com graves problemas estruturais; à economia popular por formação de cartel ou truste, entre outros.

Nesses casos, de acordo com o art. 5º, § 1º, da CF/1988, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Embora a doutrina possa entender que o referido dispositivo constitucional possa ser classificado alternativamente como norma de eficácia plena, de eficácia contida ou mesmo de eficácia limitada, importante destacar que não há no Texto Constitucional *norma sem eficácia*. Os dispositivos previstos na Lei Maior são, portanto, normas, e, nesse sentido, possuem normatividade e, assim, vinculam toda a sociedade.

Conforme preleciona Sarlet (2011, p. 255), “cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade”. Citando Garcia de Enterría, Sarlet (2011) reconhece o caráter vinculante reforçado e geral das normas constitucionais. Sustenta, ainda, que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou infelizes, precisas ou imprecisas) destituídas de normatividade, sendo certo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o

alcance específico de sua *carga eficaz*. Assim, a função dos direitos fundamentais e sua estrutura jurídico-normativa na Constituição constituem o grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Ainda segundo Sarlet (2011, p. 270-1), a melhor exegese a ser extraída a respeito da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF/1988 é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, impõe aos órgãos estatais a tarefa de conferir aos direitos fundamentais a maior eficácia possível, cujo alcance normativo, isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia, dependerá do exame da hipótese em concreto.

Em relação aos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, CF/1988, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, uma vez que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constituem, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição, o que induz à afirmação de que, em certo sentido, os direitos e princípios fundamentais regem e governam a própria ordem constitucional.

2. DANOS SOCIAIS

A cláusula geral de tutela da pessoa humana, constante do art. 1º, III, da CF/1988, permite refletir a respeito da existência, no Direito brasileiro, de outras modalidades de dano, além daqueles já consagrados pela doutrina e jurisprudência pátria. Para tanto, é preciso entender, antes, o conceito filosófico de dignidade da pessoa humana, consoante a visão kantiana:

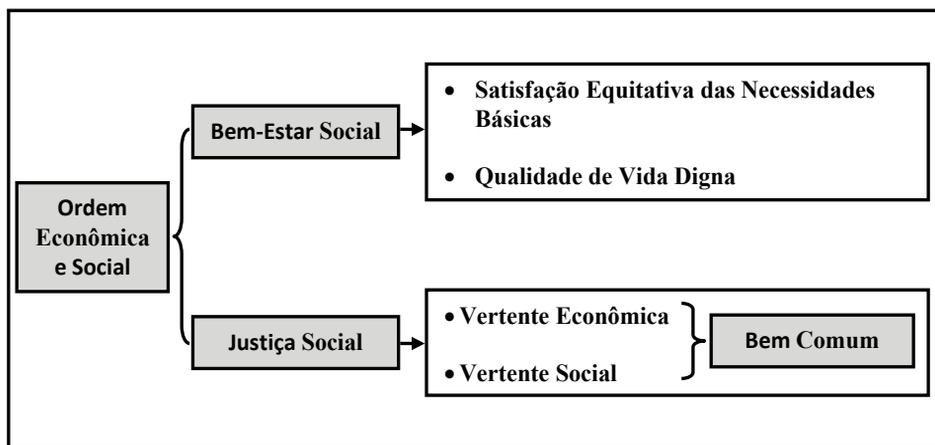
O homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. (KANT, 1980, p. 134-5)

Prosseguindo, Kant reforça ainda mais a sua visão antropomórfica, afirmando que: “em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele (o homem) tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim”. (KANT, 1980, p. 134-5)

Para o filósofo, os seres cuja existência depende somente da natureza são denominados *irracionais*, sendo tratados como *coisas*, ao passo que os seres racionais² são concebidos como *peçoas*, cuja natureza os distingue como fins em si mesmos, limitando, por conseguinte, todo o arbítrio. (KANT, 1980, p. 134-5)

Maria Celina Moraes (2003, p. 80-1) argumenta que a concepção de dignidade de Kant tem como consequência a exigência de que o ser humano jamais possa ser visto ou usado como um meio para se atingir fins supostamente maiores do que o homem singular, mas sempre como o próprio fim. Em razão disso, toda a atividade estatal deve ser dirigida para o homem, tendo-o como finalidade a ser alcançada, de modo a possibilitar a realização máxima do valor da dignidade da pessoa humana. Aliás, para Kant, as coisas têm *preço*; as peçoas, *dignidade*.

Diagrama 1: Bem-Estar Social e Justiça Social



² É importante destacar que a concepção contemporânea sobre o tema substituiu a antiga noção de seres racionais para seres sencientes, ou seja, seres que possuem a consciência de sua própria existência. Tal conceito transcende o de racionalidade e, igualmente a limitada tradução anterior de “capacidade de sofrer e sentir prazer ou felicidade”, para também abranger a autoconsciência, de forma diversa da ideia original de Charles Drawin.

Mesmo não estando elencado no Código Civil de 2002, o dever de indenizar por condutas socialmente reprováveis e geradoras de danos (imateriais e transindividuais) que piorem a qualidade de vida de certos grupos sociais decorre da cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).

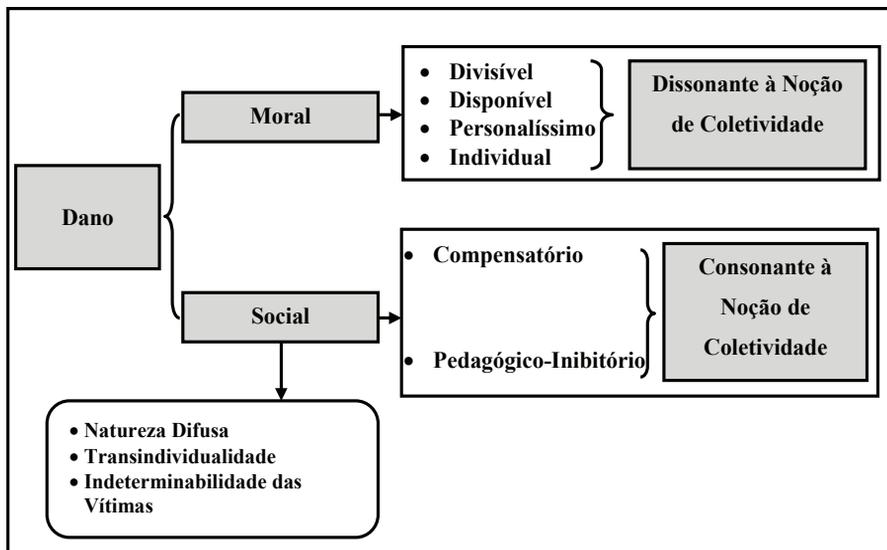
Desse modo, o *dano social* não pode ser individualizado, posto que afeta um *grupo social determinado* (pessoas residentes em um estado, município, bairro; pessoas que integram uma categoria profissional; pessoas que fazem parte de uma associação; pessoas portadoras de síndromes; consumidores) ou mesmo a um *grupo social indeterminado*.

Pode também o *dano social* ser relativo a toda população do país, a exemplo do que acontece quando há queimadas na floresta amazônica, cujos efeitos nefastos podem ser experimentados pela população brasileira de um modo geral. Da mesma forma, a falta de investimentos adequados em infraestrutura afeta a qualidade de vida da sociedade como um todo, dando origem aos famosos *apagões*, ao racionamento de água. Igualmente acontece em decorrência do péssimo estado da malha rodoviária do país, problema que acaba por encarecer o preço do frete e, conseqüentemente, do produto final para o consumidor.

Outrossim, a infraestrutura deficiente pode ensejar os seguintes problemas, passíveis de configurar danos sociais: transportes rodoviário, ferroviário, marítimo, aéreo e fluvial deficientes; falta de fiscalização ambiental e seus conseqüentes danos; negligência na prestação dos serviços de segurança pública, de saúde e de educação; falta ou negligência na fiscalização dos serviços públicos delegados ao particular por meio de *permissão*, *concessão* ou *autorização*.

Com efeito, toda vez que o Estado ou o particular (pessoa física ou jurídica) agir (conduta comissiva) ou não agir (conduta omissiva), gerando danos à sociedade ou a um determinado grupo, restará configurado o denominado *dano social*.

Diagrama 2: Dano Moral e Dano Social



Desse modo, restando comprovada a falta de investimento em infraestrutura por longos anos (para que se possa justificar a negligência e não adentrarmos na seara da independência dos poderes³), e uma vez que tal fato tenha gerado prejuízo para a qualidade de vida da sociedade ou de um determinado grupo social, deve a União ser condenada a ressarcir os *danos sociais*, o mesmo ocorrendo com os Estados e Municípios,

3 Não adentraremos na questão da conveniência e oportunidade, atividade típica da Administração pública, que nos remeterá ao tema da separação dos Poderes e também ao tema da intervenção do Judiciário sempre que houver um hiato deixado pelos demais Poderes, principalmente na execução dos direitos fundamentais e das garantias sociais. A respeito do tema, Hermes Zanetti afirma: “[...] Por esta razão, as funções exercidas atualmente se dividem, na proporção da margem de disponibilidade da matéria, em funções de governo e funções de garantia. Uma vez que devemos reconhecer ao poder político e ao poder do mercado uma margem de discricionariedade/disponibilidade, que no primeiro corresponde à série de opções sobre políticas públicas e estratégias de desenvolvimento, que podem ser tomadas pelo legislador democraticamente eleito, e, no segundo, a autonomia da vontade, não podemos deixar de reconhecer que o poder político hoje é exercido igualmente pelos representantes eleitos no Executivo e no Legislativo, sendo que a própria atividade legiferante decorre desta legitimação popular, cada vez mais, já que o Executivo atua fortemente também neste campo. Assim, o que realmente diferencia os poderes é exercerem a sua legitimidade a partir da representação popular (Executivo e Legislativo) ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário e demais instituições de garantia dos direitos fundamentais, como as agências reguladoras e o Ministério Público). As funções de garantia estão assim diferenciadas das funções de governo, porque atuam para a conformação da margem do decidível, colocando-lhe limites e vínculos definidos pelos direitos fundamentais, a esfera do ‘não decidível que’ (direitos de liberdade) e o ‘não decidível que não’ (direitos sociais). A função de garantia, portanto, atua como função contra majoritária, assegurando os limites e vínculos decorrentes do nosso modelo constitucional garantista”. (Zanetti Jr., 2013, p. 49-50.)

de acordo com a respectiva competência constitucional⁴; nesses casos em particular, por se tratar de ressarcimento (indiretamente) realizado pela própria sociedade, e em benefício dela mesma, a indenização limitar-se-á ao aspecto exclusivamente *compensatório*, jamais se revestindo de qualquer viés *punitivo* (ou inibitório-pedagógico) e, ainda assim, a *grupos sociais determinados*.

De forma inequívoca, os particulares (na qualidade de pessoa física ou jurídica) podem ser geradores de *dano social*, bastando, para tanto, que pratiquem atos socialmente reprováveis cujos efeitos sejam prejudiciais à qualidade de vida de toda a sociedade ou de determinado grupo social, tais como: atividades poluentes que afetem a flora, a fauna, os rios, os mares e as lagoas; atos de corrupção ativa; atos ofensivos aos direitos trabalhistas de determinadas categorias profissionais; atos contra a economia popular; formação de cartéis, trustes e prática de dumping; atos violadores dos direitos de determinados grupos de consumidores, bem como os que piorem a qualidade de vida de idosos, crianças e pessoas portadoras de deficiência. Cabe ressaltar que nos referidos casos os *danos sociais* poderão ostentar, simultaneamente, natureza *compensatória e pedagógico-inibitória*.

Para Trevizan e Silva (2007), havendo ofensa a interesse que ultrapasse o âmbito individual, o dever de indenizar, em sintonia com as diretrizes constitucionais do solidarismo social e da dignidade da pessoa humana, prestigiaria não apenas a *vítima*, mas também a *coletividade*, posto que caracterizada uma nova categoria de dano a ser indenizada: o *dano social*.

Assim, diante das figuras já existentes na doutrina e na jurisprudência, cumpre posicionar o *dano social* no ordenamento jurídico nacional, tarefa a ser empreendida a seguir.

2.1. Conceito de Dano Social

Em oportunidade pretérita, lecionamos que natureza jurídica é a posição enciclopédica de um dado instituto no ordenamento jurídico. É a classificação a ser conferida a um termo ou a uma expressão no contexto complexo das diferentes classes jurídicas. É o que o instituto representa,

⁴ Cabe, todavia, uma reflexão, se ao punir a União, os Estados e Municípios não estaríamos punindo também o próprio lesado, ou seja, a sociedade. Partindo do princípio de que a União, os Estados e os Municípios constituem-se na própria sociedade organizada, estaríamos cobrando de nós mesmos pelos danos que sofremos. Porém, também é verdadeira a assertiva segundo a qual, no caso em questão, a sociedade como um todo estaria indenizando parte dela mesma ou a um grupo social determinado e, por esta razão, a restrição, inclusive quanto à natureza, apenas das duas competências.

considerando todas as suas implicações, inclusive de definição conceitual. Traduz, em última análise, sua organização e localização metodológico-pedagógica, bem como sua origem no contexto intrínseco de uma considerada disciplina científica. (REIS FRIEDE, 2002, p. 434)

Maria Helena Diniz (2004), por sua vez, entende que natureza jurídica é a afinidade que um instituto tem em diversos pontos com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título classificatório. Trata-se, portanto, de buscar a essência de uma determinada figura com o fim de qualificá-la dentro do universo do Direito.

Nesse sentido, o *dano social* pode ser definido como aquele que é ocasionado por uma conduta (comissiva ou omissiva) socialmente reprovável, antijurídica ou não, praticada pelo Estado⁵ ou por particular (pessoa física ou jurídica), cuja consequência é a diminuição da qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social. Cabe destacar, nessa definição, que a causa do dano poder ser uma conduta socialmente reprovável, antijurídica ou não.

Entende-se por conduta socialmente reprovável a contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça; o comportamento que afronta o que o homem médio tem por justo, correto. Há, por conseguinte, uma lesividade social inserta na conduta, provocando um efetivo dano à coletividade, independente de o agente ter conhecimento de seu caráter danoso. Essa conceituação em muito se aproxima do conceito de ilicitude material proposto por Fernando Capez (2003), com a diferença de que o ato praticado, no caso do dano social, independe de afrontar ou não o texto legal, não se exigindo que o agente tenha conhecimento do caráter danoso de sua conduta, bastando, pois, a ocorrência do dano para que a mesma seja considerada ilícita à luz do que expressam os arts. 186⁶ e 187⁷ do Código Civil.

5 No que é pertinente ao Estado como causador do dano e legitimado passivo *ad causam*, destacamos alhures a dúvida que repousa acerca do tema. No caso, admitimos apenas a indenização (de natureza compensatória) a ser paga pelo Estado à parte da sociedade ou a um determinado grupo social. Não aceitamos, assim, o chamado dano punitivo, conforme corretamente vem se posicionando a jurisprudência majoritária do TRF/2ª Região. Neste sentido: TRF2 - Apelação Cível nº 0015560-71.2004.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Reis Friede; TRF2 – Apelação Cível n 2005.51.01.016363-0, Rel. Des. Fed. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho; TRF2 – Apelação Cível nº 0624869-68.1984.4.02.5101, Rel. Juiz Federal Convocado José Eduardo Nobre Matta. Há na doutrina, porém, quem defenda o caráter principalmente punitivo do dano moral, figura conhecida como *punitive damages* ou *exemplary damages*, cuja aplicação é acentuada nos Estados Unidos. Contudo, conforme veremos adiante, seguimos a corrente doutrinária que não reconhece sua aplicação no Direito pátrio, tudo em razão da vedação contida no art. 5º, XXXIX, da CF/1988. O fato dos julgados acima citados terem indeferido o pedido autoral de danos punitivos contra a União, não significa que autorizou a sua aplicação em outras situações.

6 Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

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

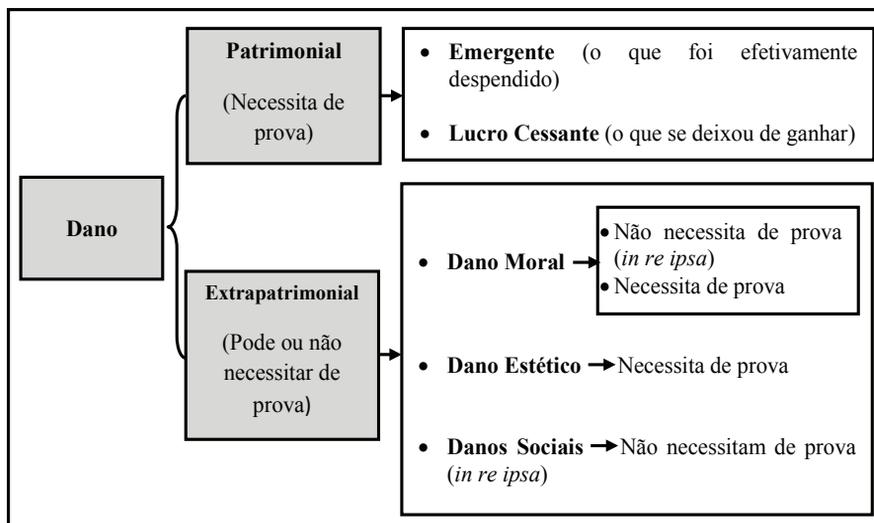
2.2. Natureza Jurídica do Dano Social

Trata-se o *dano social* de um dano *objetivo, transindividual e imaterial*, podendo afetar *toda sociedade* ou um *determinado grupo social* (homogêneo) em seu digno direito à qualidade de vida plena, seja em razão de um *ato antijurídico* (ou de conduta socialmente reprovável) praticado pelo *Estado* ou por *particular* (pessoa física ou jurídica), em detrimento de bens sociais imateriais que compõem o patrimônio social em específico lapso temporal. Trata-se, pois, de uma nova modalidade de dano não prevista no Código Civil de 2002, cuja previsão encontra-se, por construção hermenêutica, no art. 1º, III, da CF/1988.

2.3. Modalidade de Danos Sociais

A legislação brasileira prevê, como espécies de danos, os *patrimoniais* (danos emergentes e lucros cessantes) e os *extrapatrimoniais* (danos morais e danos estéticos), os quais repercutem na própria vítima ou em terceiros (dano por *ricochete*).

Diagrama 3: Modalidades de Dano no Direito Brasileiro⁸



8 O Dano Social está sendo considerado uma construção doutrinária no presente artigo. Diante de seu caráter inovador, ainda prescinde de debate doutrinário mais amplo e, conseqüentemente, de aplicação pelos Tribunais para que seja considerada uma forma de dano válida e indenizável no Direito brasileiro. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já admitiu sua existência nos julgados Reclamação nº 12.062/GO; 16.447/GO;15.464/GO, entre outros e também na V Jornada de Direito Civil do CJF que originou o Enunciado 456.

Tendo em vista a importância que o meio ambiente adquiriu para a vida humana nos últimos tempos, a doutrina tem discorrido muito sobre o dano ambiental que, na verdade, configura uma espécie do gênero *dano social*, redundando no chamado *dano social ambiental*. Antunes Bessa (2000, p. 156) ensina que dano é o prejuízo (uma alteração negativa da situação jurídica, material ou moral) causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento. O dano ambiental, afirma Antunes Bessa (2000), traduz-se num prejuízo ao meio ambiente.

Édis Milaré (2001, p. 422), por sua vez, expressa que “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com a conseqüente degradação, alteração adversa ou *in pejus*, do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”. Nos termos da Lei nº 6.938/81, são recursos ambientais (art. 3º, V): a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Dessa forma, uma vez que repercute diretamente na sociedade, eventual lesão aos referidos recursos ambientais configurará um *dano social ambiental*.

Outrossim, quando houver ofensa a um direito metaindividual pertencente a toda sociedade, com repercussão na dignidade humana dos trabalhadores e nos valores sociais do trabalho, restará caracterizado o *dano social trabalhista*. Exemplo clássico do que ora se afirma é o chamado *dumping social*, figura que Trierweiler (2005) define como sendo uma prática realizada por certos Estados, consistente em pagar salários muito baixos e oferecer precárias condições de trabalho, reduzindo-se severamente os gastos com mão de obra, tudo com o intuito de possibilitar que seus produtos tenham preços inferiores se comparados com os praticados no mercado internacional ou, então, que o baixo custo da mão de obra dos trabalhadores locais seja atraente à instalação de novas empresas.

Mina Kawai (2010, p. 3) explica que o *dumping social* também ocorre quando os preços baixos dos bens resultam do fato de as empresas produtoras estarem instaladas em países onde não são cumpridos os direitos humanos mais elementares, bem como os direitos dos trabalhadores internacionalmente reconhecidos, permitindo, assim, que os custos sociais da mão de obra sejam extremamente baixos, acarretando, por conseguinte, uma queda artificial dos preços produzidos em condições laborais ilegítimas e atentatórias à dignidade humana.

O *dumping social* ocorre, por exemplo, na China, nas Filipinas e no Sri Lanka, países nos quais se nota uma sobrevalorização do progresso econômico em detrimento do bem-estar social e da dignidade do trabalhador.

No Brasil já ficou convencionada a existência do dano social trabalhista, mas com nomenclatura equivocada (dano moral coletivo), conforme anteriormente mencionado.

ENUNCIADO 04:⁹

DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. *As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único, do Código Civil o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.*

Gustavo Abrantes (2011) aduz que, nas reclamações trabalhistas em que for constatada uma ação deliberadamente praticada no sentido de desrespeitar a ordem jurídica trabalhista, deve o magistrado proferir condenação que vise à reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, ainda que fixada *ex officio*, de modo a proteger a coletividade, a ordem jurídica e a paz social¹⁰.

9 Enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. **Revista - LTr Legislação do Trabalho**: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v. 71, n. 12, p. 1500-1507, dez. 2007.

10 Não se trata, no entendimento de Gustavo Abrantes, de jurisdição sem a devida provocação, pois a decisão do juiz se dará por adição supletiva ao pedido de condenação em danos extrapatrimoniais, conforme expresso no parágrafo único do art. 404 do Código Civil e, neste caso, sem qualquer caráter compensatório, apenas inibitório-pedagógico (que não se confunde com o punitivo). O caráter inibitório em questão é estabelecido com um fim específico e limitadamente pedagógico (e não punitivo), por ser este último incompatível com o art. 5º, XXXIX, da CF/1988. Ademais, o entendimento segundo o qual “É nula, por configurar julgamento *extra petita*, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide” (STJ, Reclamações nº 12.062/GO, nº 16.447/GO, nº 16.443/GO, nº 15.494/GO, nº 14.856/GO, 16.441/GO e nº 13.201/GO) baseou-se na impossibilidade de condenação, em ação individual e sem pedido

Há, ainda, os que defendem que as empresas que frequentemente figuram como reclamadas na Justiça do Trabalho devem ser condenadas a ressarcir danos individuais e também *danos sociais trabalhistas*, justamente por terem optado pela demanda em detrimento do cumprimento da legislação laboral¹¹.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado em se tratando de *dano social consumerista, administrativo, econômico* ou *dano social sem outra especificação* (dano oriundo de ofensas aos direitos das crianças, dos adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência, etc.).

Como exemplo de *danos sociais consumeristas*, podem ser citados os casos de propaganda enganosa, venda de produtos impróprios para o consumo, aumento indevido de mensalidades de planos de saúde, cobrança de juros extorsivos pelas instituições financeiras etc.

Danos sociais administrativos, por sua vez, são os danos transindividuais causados por ação ou omissão da administração pública direta, suas autarquias e fundações, pois é seu dever primar pelo atendimento ágil e eficiente, de modo a não prejudicar interesses da sociedade. Por oportuno, deve ser banida da cultura nacional a ideia de que ser mal atendido faz parte dos aborrecimentos triviais do cidadão, principalmente quando tal comportamento advém dos entes administrativos. O cidadão não pode ser compelido a suportar as consequências da má organização, do abuso e da falta de eficiência daqueles que devem, com boa vontade, solicitude e cortesia, atender ao público¹².

expresso, em danos sociais compensatórios. Conforme analisaremos adiante, a doutrina tem entendido que os legitimados para figurar no polo ativo da demanda em que são postulados danos sociais são os que figuram no art. 5º da Lei nº 7.347/85, porquanto são demandas coletivas.

11 Neste aspecto, resta oportuno destacar que expressiva parcela da doutrina entende incabível a condenação por danos sociais compensatórios em ação individual. De igual forma, há grande discordância, também, de se condenar, nas ações coletivas ou populares, em danos sociais compensatórios sem que exista pedido expresso na exordial, por afrontar os arts. 2º, 128 e 460, todos do CPC. Contudo, parece-nos perfeitamente cabível a condenação *ex officio* por danos sociais pedagógicos inibitórios suplementares, em ações coletivas, individuais e populares, desde que destinados a um fundo do Judiciário, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, caso figurem estas últimas instituições no polo ativo da demanda coletiva, em razão de sua função constitucional garantidora dos direitos fundamentais. Neste sentido, Bedaque afirma que, à luz dos arts. 128, 459 e 460 do CPC, está o juiz objetivamente limitado aos elementos da demanda deduzidos pelo autor na inicial. O pedido formulado e os motivos deduzidos pelo autor representam o âmbito de atuação do julgador, que não poderá conceder mais ou coisa diversa da pretendida, nem apresentar razões diferentes das elencadas. Se o fizer, configurar-se-á o fenômeno do julgamento *ultra* ou *extra petita*, o que poderá implicar em nulidade da sentença. Tais regras decorrem diretamente do princípio da demanda e da inércia da jurisdição. Na medida em que se admitisse ao juiz conceder ao autor mais do que fora pedido, ou por razões diversas das deduzidas na inicial, estar-se-ia possibilitando a tutela jurisdicional de ofício. Tudo o que excedesse os limites objetivos da demanda implicaria atuação sem provocação. (BEDAQUE, 2005, p. 390)

12 STJ, Primeira Turma, REsp nº 608.918-RS, Rel. Min. José Delgado, julgamento em 29 mai. 2004, publicado no DOU de 21 jun. 2004.

Os *danos sociais econômicos* podem ser exemplificados pela formação de cartéis, prática de *truste* e *dumping*, ações lesivas à economia popular, ao mercado financeiro, de valores e de capitais etc.

Diagrama 4: Modalidades de Dano Social



2.4. Classificação dos Danos Sociais

Quanto à classificação, os *danos sociais* podem ser: extrapatrimonial, extrínseco, certo, compensatório, pedagógico-inibitório, indireto e previsto. Vejamos cada um deles.

Dano extrapatrimonial: dano que ocasiona uma perda na qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social, atingindo, portanto, um bem imaterial. Embora, neste caso, o dano causado possa ter expressão pecuniária para efeito de sua recomposição, tal situação será objeto de pedido de danos emergentes ou até mesmo de lucros cessantes quando do ajuizamento da ação indenizatória cabível.

Dano extrínseco: ocorre quando o dano se estende a outras situações distintas daquela que restou lesada. Por exemplo, o dano social ambiental não repercute apenas no bioma lesado, mas, sim, atinge toda população que dele depende (qualidade do ar, da água, dos peixes etc.) de forma direta e indireta.

Dano certo: nesta espécie, em razão do dano ser passível de ressar-

cimento, a condenação trará efetividade à decisão judicial.

Dano compensatório: quando a conduta (ação ou omissão) geradora do dano é definitiva, isto é, a anulação daquela não enseja o desaparecimento deste.

Dano pedagógico-inibitório: aquele que deve ser aplicado como forma de advertência educativa e suplementar à condenação compensatória.

Dano indireto: ocorre quando a pessoa que postula o ressarcimento devido for diferente da vítima do dano, muito embora seja seu representante (não confundir com procurador).

Dano previsto: no caso, o dano é previsível, ou seja, é possível, em certas circunstâncias, antever os efeitos deletérios da ação ou omissão.

2.5. A Prova na Persecução do Dano Social

Muito embora esteja consagrado no Direito brasileiro que o *dano* deva ser efetivamente comprovado, tal diretriz aplica-se apenas às modalidades de danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes) ou, ainda, a uma espécie de dano extrapatrimonial (o dano estético), tendo em vista que este depende de perícia para se apurar a sua extensão.

O dano social, por sua vez, é presumido (*in re ipsa*), decorrendo da força do próprio ato. Assim, há dano social quando o direito à qualidade de vida digna e bem-estar social é lesado por uma conduta socialmente reprovável ou antijurídica. Vale dizer, o dano social é presumido em razão da dimensão do próprio fato em si, sendo mesmo impossível não reconhecer que o prejuízo social efetivamente aconteceu. Com efeito, basta apenas a demonstração da ocorrência do fato para que se possa concluir pela existência do dano, não necessitando ser extensamente provado. Por exemplo, não há necessidade de se provar que toda a sociedade do município do Rio de Janeiro sofre danos sociais decorrentes da poluição da Baía da Guanabara, bem como que os moradores da Barra da Tijuca sofrem os mesmos efeitos em virtude da poluição do complexo lagunar existente na região. E, ainda, que parte da população dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo sofre danos sociais decorrentes do rompimento da Barrreira da Mineradora Samarco, desastre ambiental de proporções inimagináveis ocorrido em 5 de novembro de 2015.

2.6. A Forma de Responsabilização

O Código Civil de 2002 adotou, como regra, a teoria da responsabilidade subjetiva, conclusão que se extrai da análise conjunta dos arts. 186 e 187. A responsabilidade civil por dano social, por sua vez, é de natureza *objetiva* (art. 927, parágrafo único, do Código Civil).

O art. 186 do Código Civil preceitua que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Por sua vez, o art. 187 afirma que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Por fim, o art. 927, parágrafo único, do mesmo Estatuto expressa que haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nota-se, no último caso, a consagração do *risco criado* ou *risco proveito* e, assim, a responsabilidade passa a ser *objetiva* em razão do exercício de determinada atividade empresarial e/ou nos casos especificados na legislação, tais como: Decreto nº 2.681/12 (responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais); Lei nº 5.316/67; Decreto nº 61.784/67; Lei nº 8.213/91 (legislação de acidente de trabalho); Lei nº 6.194/74 e Lei nº 8.441/92 (seguro obrigatório de acidentes de veículos, cabendo à seguradora pagar o valor previsto, independente de culpa do motorista); Lei nº 6.938/81 (referente aos danos causados ao meio ambiente); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); art. 37, § 6º, da CF/1988 (responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado concessionárias de serviço público).

2.7. A Legitimidade Ativa *Ad Causam*

Entende-se que os legitimados para a propositura de ação civil pública (legitimidade ativa *ad causam*) também o são para, em nome da sociedade ou de determinado grupo social, pleitear *danos sociais*.

Por conseguinte, na forma do art. 5º da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético,

histórico, turístico e paisagístico, figuram como legitimados: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e, também, para parte da doutrina, ainda que de forma controvertida, as *agências reguladoras*.

Igualmente, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.853/89, que, entre outras providências, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, bem como institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas e disciplina a atuação do Ministério Público, as ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída, nos termos da lei civil, há mais de 1 (um) ano, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Nesse elenco de legitimados para pleitear danos sociais, particularmente no âmbito trabalhista, devem ser incluídos os sindicatos, as federações e as confederações sindicais.

Por ferir o art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, cabe registrar o entendimento que inadmite pedido de indenização por *danos sociais compensatórios* nas ações individuais. Não obstante o que ora se afirma, poderá o juiz, em razão do grau de ofensa ao bem-estar social, ou mesmo em virtude da contumácia do réu, e com o objetivo de conferir proteção aos direitos insculpidos no art. 6º da CF/1988¹³, condenar (*ex officio*) a parte ré em *danos sociais pedagógico-inibitórios*.

Neste sentido, cabe trazer à colação o teor do Enunciado nº 456, da V Jornada de Direito Civil/Conselho da Justiça Federal, segundo o qual a

13 Neste caso, o dano social pedagógico-inibitório perde o caráter de complementariedade ao dano social compensatório. Contudo, o juiz está legitimado a condenar *ex officio* em razão de sua função jurisdicional constitucional de garantidor dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que o momento atual requer um Judiciário proativo para inibir a ineficiência das prestações dos serviços básicos e garantir a efetividade dos direitos sociais.

expressão “dano”, prevista no art. 944 do Código Civil, abrange não apenas os *danos individuais* (materiais ou imateriais), mas também os *danos sociais*, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Salvo melhor juízo, entendemos que o referido Enunciado, no caso em questão, refere-se aos *danos sociais compensatórios*, e não aos *sociais inibitórios*. Assim, ainda que o autor da ação individual tenha formulado pedido de fixação de dano social compensatório, forçoso reconhecer que o mesmo carece de legitimidade para pleitear, em nome próprio, direito inerente à coletividade.

Contudo, há hipótese em que tal pedido de condenação por danos sociais compensatórios pode ser feito cumulativamente na ação popular, em particular quando restar evidenciado que o ato que se deseja anular gerou, além de um dano ao patrimônio público, um dano social, podendo também os *danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares* serem pedidos de forma supletiva aos danos sociais compensatórios, conforme se infere do art. 404, parágrafo único, do Código Civil.

Tal entendimento decorre do fato de a ação popular ter por objetivo a defesa do patrimônio público, do erário, da moralidade administrativa e do meio ambiente, ou seja, o autor representa a sociedade como um todo, agindo no intuito de salvaguardar o interesse público. Desta forma, está o juiz autorizado a requisitar provas às entidades públicas, mesmo que *ex officio*, conforme já decidiu, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. DESVIO DE REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS. PREFEITURA MUNICIPAL. PETIÇÃO INICIAL DEFICIENTE PELA FALTA DE DOCUMENTOS VINCULADOS A ENTIDADES PÚBLICAS. INÉPCIA DA EXORDIAL. AFASTAMENTO.

I - A discussão em debate foi decidida pelo Tribunal de origem, considerando-se inepta a petição inicial de ação popular, sob o argumento de que o autor não teria trazido os documentos essenciais para o deslinde da causa e que a juntada de tais elementos, no transcurso processual, somente se justificaria quando negado o fornecimento de certidões e informações, por parte do Poder Público.

II - A falta de inclusão dos documentos indispensáveis ao processo na exordial, que dependem de autorização de entidades públicas, não impõe a inépcia da peça vestibular, porquanto o juiz tem a faculdade de requisitá-los aos órgãos, durante a instrução do processo, quando houver requerimento para tanto, no teor do art. 7º, inciso I, alínea “b”, da Lei nº 4.717/65.

III - Tratando-se de ação popular, em que se defende o patrimônio público, o erário, a moralidade administrativa e o meio ambiente, onde o autor está representando a sociedade como um todo, no intuito de salvaguardar o interesse público, está o juiz autorizado a requisitar provas às entidades públicas, máxime na hipótese dos autos, na qual existe requisição expressa nesse sentido.

IV – “Uma vez postulada, pelo autor, de forma expressa, a requisição de documento essencial à propositura da ação, não se há falar em inépcia da inicial, por ausência da documentação necessária” (REsp nº 152.925/SP, Relator para acórdão Ministro DEMÓCRITO REINALDO, DJ de 13/10/1998, p. 00021).

V - Recurso especial provido, afastando a extinção do processo, por inépcia da inicial, e determinando a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para que este se manifeste acerca do mérito da causa.

(STJ, Primeira Turma, REsp nº 439.180/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgamento em 21 set. 2004, DJ 3 nov. 2004, p. 37)

2.8. A Quantificação do Dano Social

No tocante ao tema, cumpre destacar que os *danos sociais* devem ser fixados de acordo com a extensão do dano, devendo o magistrado, ao empreender tal tarefa, utilizar-se dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando em conta, ainda, a capacidade econômica do agente causador, de modo a assegurar a efetividade do comando judicial, exegese equitativa que se extrai do art. 944 do Código Civil.

Com efeito, da mesma forma que a indenização a ser fixada não poderá ser módica diante da capacidade econômica do agente, pois se o for estará premiando aquele que praticou o ilícito, também não poderá redundar em enriquecimento sem causa para quem a recebe (no caso específico dos danos sociais compensatórios).

Como cediço, reveste-se de importância o aspecto didático-pedagógico da condenação, cabendo ao magistrado sopesar todos esses critérios no momento da fixação do *quantum* indenizatório.

No que diz respeito à indenização por danos sociais, os tipos *compensatório* e *pedagógico-inibitório suplementar* são da máxima importância.

A distinção entre o dano *compensatório* e o *reparatório* reside no fato deste último traduzir uma espécie de “danos materiais futuros”. Apesar de sua existência doutrinária ser questionável, o dano reparatório está presente na aplicação do Direito concreto, pois se trata do valor que irá ser despendido pelo réu para recompor o bem jurídico lesado pela sua conduta, conduzindo, assim, ao *status quo ante*.

Dessa forma, os danos *compensatórios* (ou *remuneratórios*) são instrumentos de equidade e podem ser aplicados pelo juiz para equilibrar os prejuízos ocorridos na qualidade de vida e no bem-estar social. Afinal, instrumentos de equidade servem para aproximar a decisão o mais possível do senso de justiça em cada caso. Assim, os *danos sociais compensatórios* servem para remunerar o dano sofrido na esfera extrapatrimonial como forma, no caso em destaque, de se indenizar pela piora provocada na qualidade de vida e no bem-estar da sociedade.

Os danos sociais *pedagógico-inibitórios suplementares* possuem finalidade não punitiva, pois, do contrário, seriam incompatíveis com o sistema jurídico pátrio, conforme expresso no art. 5º, XXXIX, da CRFB/88. O seu caráter, portanto, é meramente disciplinador, educativo e pedagógico.

Cabe destacar, ademais, que os danos *sociais pedagógico-inibitórios suplementares* não são aplicáveis apenas diante da *contumácia do causador*, mas também em razão de sua *gravidade*, da *conduta demasiadamente reprovável*, *insultuosa* e *ultrajante à consciência social e coletiva*, uma vez que independem de culpa ou dolo do agente, incidindo tão somente em razão da gravidade e extensão do dano, configurando, assim, uma advertência da sociedade em relação à referida conduta, buscando impedir sua reiteração.

Tal advertência restou evidenciada em artigo elaborado por Edson Ubaldo (2009), Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sendo perfeitamente aplicável, por analogia, aos danos sociais: “Os maiores responsáveis pelos sofrimentos infligidos às pessoas, em especial os grandes conglomerados financeiros e comerciais, passaram a disseminar a ideia de que a busca pela reparação de danos morais se transformara em ‘indústria’ de ganhos fáceis”. Ubaldo afirma que essa “suposta verdade contaminou parte da magistratura”, argumentando, ainda, que tal aspecto “não só reforçou o argumento dos juízes mais conservadores, que por razões ideológicas, inclusive de fundo religioso, nunca viram com bons olhos o novo instituto jurídico (refere-se o autor ao dano moral), como também serviu de freio aos mais liberais, cujas sentenças passaram a ser reformadas para diminuir os valores fixados.”

Nota-se nitidamente que o mencionado magistrado desaprova a posição que insiste em afirmar que o “o dano moral se transformou em indústria”. Para ele, este argumento é falso, tendo em vista que o número de pleitos mostra exatamente o contrário:

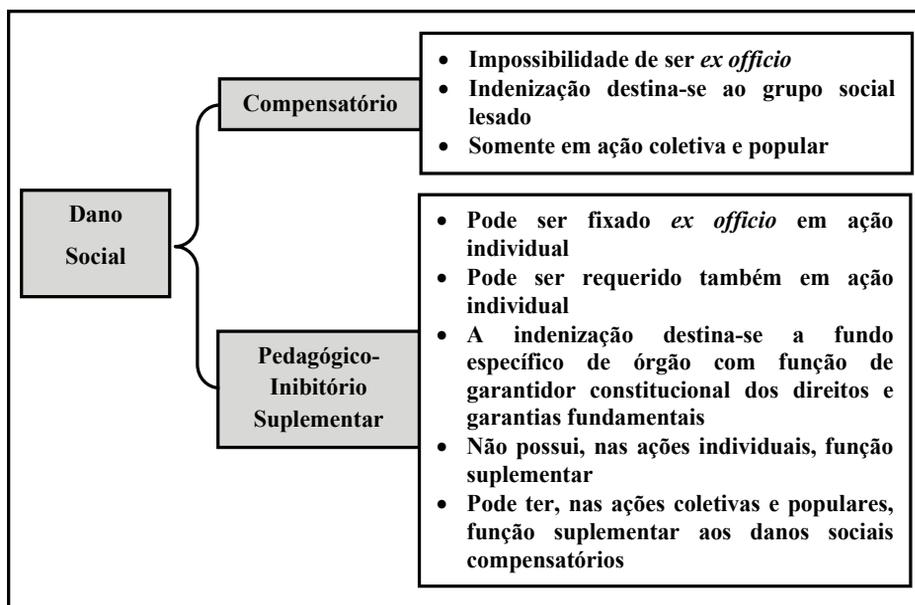
O consumidor brasileiro, antes desamparado e agora protegido pelo CDC, tomou consciência de seus direitos, ao invés de “queixar-se ao bispo”, como antes lhe sugeriam bancos e lojas. Agora se queixa ao juiz; b) os responsáveis por produtos e serviços ainda não se convenceram de que os tempos mudaram e continuam a violar descaradamente os direitos da cidadania. Portanto, o que de fato existe é a “indústria” do desrespeito, a busca do lucro fácil, a sensação de que vale a pena continuar enganando o povo, porque o percentual dos reclamantes é ínfimo, os processos são lentos e o resultado final, ainda que favorável ao consumidor, sai muito mais barato do que investir na melhoria dos produtos e dos serviços.¹⁴

Cabe registrar, ainda, que a verba condenatória imposta a título de danos sociais *pedagógico-inibitórios suplementares* não deve ser direcionada ao grupo social (ou ao fundo que ele indicar) que teve seu patrimônio imaterial lesado, visto que, para isso, se destinam os *danos sociais compensatórios*. Os *danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares*, que, como visto alhures, possuem caráter de sublime advertência educa-

14 **O Judiciário** – Jornal mensal da Associação dos Magistrados Catarinenses, ano IV, n. 38, jun./2009. Disponível em: <www.amc.org.br>. Acesso em: 20 set. 2015.

tiva, devem ser destinados, por esta razão, a fundos de órgãos com função constitucional garantidores dos direitos fundamentais e sociais, como, por exemplo, o Poder Judiciário. Isto porque, além de caracterizar *bis in idem*, ou seja, duas indenizações pelo mesmo fato, tal situação ensejaria ainda um nítido enriquecimento sem causa por parte do autor, figura vedada pelo Direito brasileiro. A natureza suplementar da condenação por danos sociais *pedagógico-inibitórios* encontra amparo no art. 404, parágrafo único, do Código Civil.

Diagrama 5: Características dos Danos Sociais



2.9. A Destinação da Verba Oriunda da Condenação por Dano Social

Quanto à destinação, os recursos oriundos da condenação por danos sociais devem ser divididos em duas etapas, a saber:

a) A verba condenatória por *danos sociais compensatórios* pertence à *sociedade* ou a um *determinado grupo social* em razão da piora acarretada na qualidade de vida e no bem-estar social. Por isso, tal verba deve necessariamente ficar retida em conta judicial, cabendo ao autor da ação

enviar ao juízo um projeto de melhoria da qualidade de vida lesada, objetivando restabelecer ao máximo a ambiência social vivida antes do dano se efetivar. Tal projeto será homologado pelo juízo depois de ouvido o Ministério Público, devendo, essencialmente, conter um cronograma dos pagamentos, de modo que o dinheiro depositado na citada conta possa ser liberado de acordo com o cronograma das despesas. Somente após o autor da ação compravar a concretização do projeto e o uso da quantia depositada (na conta judicial) é que o processo deverá ser julgado extinto.

b) Já a verba condenatória por *danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares*, em razão de seu caráter de advertência educativo-social, deve ser destinada não ao autor da ação, conforme já se tratou, mas a um fundo de órgão dotado de função constitucional de garantidor dos direitos fundamentais¹⁵, tais como, por exemplo, o Poder Judiciário e o Ministério Público, ficando ao prudente arbítrio do juiz a *quantificação* e a *destinação* ao fundo pertinente.

Como cediço, a responsabilidade do Poder Judiciário como protagonista na defesa dos direitos fundamentais sociais ainda está em fase de consolidação, razão pela qual é fundamental despertar os membros da Magistratura para a importância da função judicante na defesa de tais direitos. A propósito, José Faria (1994) salienta que os direitos humanos foram originariamente constituídos como uma forma de proteção contra os abusos e arbítrios praticados pelo Estado, concretizando-se somente por intermédio desse mesmo Estado. Tem razão José Faria ao fazer tal afirmação, mormente porque os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos indivíduos menos favorecidos, sob a forma normativa de obrigações do Executivo, demandando, assim, uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos. Ainda em consonância com José Faria, a característica básica dos direitos sociais está no fato de que,

[...] forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres

15 Neste particular, entendemos que não há conflito com o fundo expresso nos arts. 13 e 20 da Lei n 7.347/85, regulamentada pelo Decreto nº 1.306/94, vez que a condenação a título de danos sociais inibitórios pedagógicos suplementares, se destinados ao Poder Judiciário, também reverterá para a sociedade na forma de garantia dos direitos fundamentais, retirando de seus ombros parte dos custos com a máquina judicial, que hoje estão na ordem de 1,3% do PIB. KRELL (2002, p. 70) afirma que, na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica.

e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem¹⁶. Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação. (FARIA, 1994, p. 54)

Com efeito, tais direitos, para a sua efetivação, pressupõem a substituição da “repressão” pela “promoção” e da sanção penal (ou punitiva) pela de natureza premial (FARIA, 1994, p. 54). Logo, os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme, mas um “direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios; um direito descontínuo, pragmático e por vezes até mesmo contraditório, quase sempre dependente da sorte de determinados casos concretos” (FARIA, 1994, p. 54):

Trata-se de um tipo específico de direitos, cujas práticas judiciais pressupõem a legitimidade processual e o reconhecimento da personalidade jurídica dos grupos e representações coletivas; consagrando um novo padrão de racionalidade, de natureza essencialmente material ou substantiva, que colide com os limites estritos da racionalidade formal das leis e dos códigos típicos do Estado liberal clássico, os direitos sociais são politicamente editados com o objetivo de socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados por parte das múltiplas instâncias do setor público.

16 A teoria kantiana, a nosso sentir, não é a da valorização do homem (de forma isolada) como objetivo das ações de Estado em detrimento da coletividade. Máxima vênia, a teoria kantiana, na verdade, expressa que o bem-estar do homem deve ser o fim que as políticas do ente estatal devem perseguir, e não ser usado como meio para que o Estado atinja outros fins (desenvolvimento econômico). Em sua teoria, Kant valoriza o ser humano e não a coisa (os bens) como fim a ser perseguido pelas ações estatais.

Nos burocratizados tribunais brasileiros, cujos integrantes parecem acreditar que os conflitos podem ser solucionados pelo simples apego a certas formas e/ou pela ritualização de atos, ainda segundo José Faria (1994), os direitos humanos e os direitos sociais estão obrigando a magistratura a refletir um pouco mais sobre suas funções sociais.

Eduardo Bittar (2005), também com mestria, destaca o papel do Judiciário na quadra atual, afirmando que a ele “cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes herdada da modernidade” (BITTAR, 2005, p. 306).

Assevera o autor, ainda, que uma sociedade na qual a cidadania se realiza é aquela que tem amplo acesso aos direitos, o que “significa afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e também que, quando são violados, possuem proteção e garantia jurisdicional”. Como se vê, segundo a reflexão de Bittar, o papel do Judiciário é ponto central nas discussões sobre a temática dos direitos humanos e sociais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutido durante o presente trabalho, conclui-se que há uma impossibilidade concreta e doutrinária de condenação por *danos morais coletivos*. Claro está que os verdadeiros danos coletivos homogêneos oriundos da piora acarretada na qualidade de vida e no bem-estar social são os denominados *danos sociais*, presentes, em nosso sistema jurídico, por força do disposto art. 1º, III, da CF/1988, sob a modalidade de dano extrapatrimonial, imaterial, transindividual e objetivo.

O dano social é um tipo de dano que repercurte na diminuição da qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social, podendo ser decorrente de uma conduta perpetrada pelo Estado ou por um particular.

Quanto à sua posição no campo do Direito, trata-se o dano social de um dano objetivo, transindividual e imaterial que afeta a sociedade como um todo ou determinado grupo social, alterando para pior sua qualidade de vida em razão de conduta socialmente reprovável ou antijurídica praticada pelo Estado ou por um particular.

A legitimidade para pleitear danos sociais é inerente às instituições elencadas no art. 5º da Lei nº 7.347/85, além dos sindicatos, das federações e confederações, dos representantes dos empregados e empregado-

res e também do cidadão, neste último caso por meio de pedido cumulado em ação popular ou em ação individual (apenas na modalidade de dano pedagógico-inibitório).

A forma de responsabilização do causador do dano é objetiva (*in re ipsa*), podendo ser requerido por meio de ação coletiva ou via ação popular, cuja quantificação deverá obedecer aos critérios da proporcionalidade, razoabilidade e capacidade econômica do agente.

Os recursos oriundos da condenação por danos sociais compensatórios devem ser aplicados em projetos de melhoria da qualidade de vida da sociedade ou do grupo social lesado. Por sua vez, os recursos da condenação por danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares devem ser destinados a um fundo criado por órgãos com função constitucional de garantidor dos direitos fundamentais sociais.

Espera-se, dessa forma, ter contribuído para a discussão doutrinária a respeito da instituição deste novo tipo de dano, o *dano social*, no direito brasileiro. ❖

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 4. ed. rev., ampl. e atualiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil interpretado**/Antônio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

CARVAS, Luiz Gustavo Abrantes. **Desmistificando o *dumping social***. Jus Navigandi, Teresina, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ENNECERUS & LEHMANN. **Derecho de obligaciones**, v. 1, § 10, Barcelona, 1935, *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIA, José Eduardo. "Os desafios do Judiciário". **Revista USP**. São Paulo, n. 21, p. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS)/USP, 1994.

FORTON, Rozendo Escalanate. "Indicadores do Bem-Estar Social: seu conteúdo e sua atualização". **Debates Sociais**, v. 10, n. 18, Rio de Janeiro, 1974.

FRIEDE, Reis. **Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

KANT, Immanuel. "Fundamentação da Metafísica dos Costumes". *In: Os Pensadores – Kant (II)*, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134-135 *apud* BIZELLI, Rafael Ferreira. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68c694de94e6c110>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

KAWAY, Mina. **Dumping Social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. Instituto Declatra, Florianópolis, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário**. 2. ed. rev., ampl. e atualiz. São Paulo: RT, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 80-81 *apud* BIZELLI, Rafael Ferreira. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68c694de94e6c110>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TREVIZAN, Thaita Campos; SILVA, Vitor Borges da. "O Dano Social como Reflexo das Novas Tendências da Responsabilidade Civil". **Revista Científica-Faculdade Pio XII**, Campo Grande, 2007.

TRIERWEILER, Gustavo F. "As relações de trabalho, o *dumping* e a crise econômica". **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, v. 21, n. 242, São Paulo, 2005.

ZANETI JR., Hermes. "A Teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: Funções de governo e funções de garantia". *In: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Magistrado e Magistério

Rodrigo Lopes Lourenço

Professor da EMERJ, ex-Assessor Jurídico da Presidência do TJERJ. Procurador da ALERJ.

1. INTRODUÇÃO

Os substantivos latinos *magistratus* e *magisterium* têm origem comum: o também substantivo *magister* - mestre em português -, cuja raiz é o advérbio *magis* - maior em vernáculo. Como se vê, as imbricações entre magistratura e magistério são mais vetustas que nossa República ou mesmo nossa Independência.

2. ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS PÚBLICOS

A acumulação remunerada de cargos públicos sempre sofreu críticas, quer porque implicaria o teórico risco de o servidor *lato sensu* não conseguir desempenhar adequadamente suas atividades, quer porque ensejaria a suposta percepção de vencimentos elevados por única pessoa.

A preocupação com os ganhos daquele que, remunerado, acumule cargos públicos fica bastante reduzida quando se impõe, como premissa fundamental para o desempenho simultâneo de tais funções, a compatibilidade de horários. Ora, se tais atividades ocorrem em momentos distintos do dia, umas sem prejudicar as outras, é justo que o servidor perceba ambas as remunerações, haja vista sua carga horária ser superior à de um colega que desempenhe as funções de só um de tais cargos. Por isso mesmo, a Constituição de 1934, art. 172, § 1º, parte final, a Constituição de 1946, art. 185, *caput*, parte final, a Carta de 1967, art. 97, § 1º, parte final, a Emenda Constitucional nº 1/1969, art. 99, § 1º, parte final, e a vigente Carta de 1988, art. 37, *caput*, XVI, sempre exigiram, em relação à acumulação remunerada de cargos públicos, a compatibilidade de horários.

Por outro lado, o interesse público de um servidor exercer o magistério é patente. Ressalvada a má-fé, que não se deve presumir, somente a mais profunda ignorância sobre a magia da sala de aula pode levar alguém a sustentar que, do magistério, o servidor público não aфирa valiosos con-

tributos para sua outra atividade profissional. Em sala de aula, onde o estofo teórico do professor é sempre escrutinado, é o mestre, mais que os alunos, aquele que auferir maiores benefícios da solidificação de conteúdos. Em síntese: dar aula sempre é aprender. Por isso, o servidor que ministra aulas está sempre se aperfeiçoando, a fim de melhor prestar seus outros serviços públicos.

Em relação à magistratura, a questão é ainda mais intensa. Como se demonstrou, desde Roma, é o mesmo mestre aquele que julga e que ensina; ao realizar quaisquer dessas tarefas, o magistrado aprimora-se para a outra. Se a prática torna a aula do juiz mais interessante, a teoria do professor apura-lhe a sentença.

Certo, há quem sustente que, podendo livremente ministrar aulas, o magistrado tornar-se-á negligente com seus processos. Do ponto de vista objetivo, as Corregedorias-Gerais da Justiça e os conselhos administrativos do Poder Judiciário estão perfeitamente estruturados para coibir tais infrações. Subjetivamente, o dever de bem servir e a satisfação pessoal de honestamente decidir são fatores preponderantes para que tal situação não ocorra ou, pelo menos, seja pouco frequente. Todavia, se, ainda assim, algum magistrado se tornar desidioso em virtude de interesse maior no magistério, a culpa não será da sala de aula: má formação ética não pode ser examinada em concurso público e a existência do fruto podre não pode ser justificativa para a derrubada da árvore. Aliás, se a proibição ou brutal restrição de atividade de magistério por magistrado deve ocorrer por receio de negligência, então, por coerência e identidade de razões, devem-se proibir aos juízes a praia, os esportes, os relacionamentos amorosos, os filhos, as artes *etc.*

3. DISCIPLINA DA ACUMULAÇÃO DE MAGISTRATURA COM MAGISTÉRIO

A primeira constituição republicana, a de 1891, art. 73, vedava, sem ressalvas, “as acumulações remuneradas”. A Constituição de 1934, art. 65, entronizou no Direito brasileiro a saudável permissão de o magistrado acumular suas funções com as do magistério público. É importante observar que não se exigia magistério de Direito, magistério superior nem única função de magistério. A Carta de 1937, ditatorial e mal inspirada em terrível regime de exceção do Leste Europeu, proibiu, art. 159, a acumulação de cargos públicos. A Constituição de 1946, quanto aos magistrados,

art. 96, I, sem ressaltar quantidade, permitiu-lhes o exercício dos hoje denominados ensinos médio e superior. A Carta de 1967 - art. 97, *caput*, I, e art. 109, I - expressamente permitiu que o magistrado fosse professor, restringindo a um cargo, sem disciplinar a modalidade de magistério.

Como se sabe, em 1969, a junta militar que depôs o vice-presidente Pedro Aleixo editou a Emenda Constitucional nº 1 à Carta de 1967, a qual, em virtude do volume e da profundidade das modificações, é doutrinariamente reconhecida como outra carta. Na redação originária da Emenda Constitucional nº 1/1969, art. 114, I, o magistrado podia acumular um cargo de magistério, sem restrições quanto ao ensino ser médio ou superior.

Depois disso, veio o ainda *vigente* Pacote de Abril de 1977.

Repito: *vigente*.

4. O PACOTE DE ABRIL DE 1977

Com fundamento no Ato Institucional nº 5/1968, o general Geisel decretou o recesso do Congresso Nacional e editou a Emenda Constitucional nº 7/1977, cuja ementa dizia incorporar “ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário”.

A questão não é simplesmente histórica - característica por si só decisiva para incitar profundos estudos - mas, especialmente, de direito positivo: as garantias e vedações da magistratura na vigente Constituição foram copiadas - na melhor das hipóteses, por desatenção - de subproduto de ato ditatorial que albergou a tortura, permitiu o exílio e suspendeu vitórias da Civilização Ocidental como o *habeas corpus*. Sim, até hoje, quando o tema é garantias e vedações da magistratura, a Emenda Constitucional nº 7/1977, editada com base no famigerado AI-5, está, ao menos parcialmente, em vigor.

Em relação ao objeto deste estudo, antes do vigente Pacote de Abril de 1977, as vedações constitucionais às quais estava submetida a magistratura eram, *verbis*:

“Art. 114. É vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo judiciário:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, **qualquer outra função pública**, salvo **um** cargo de magistério e nos casos previstos nesta Constituição;

.....” (grifos meus)

Com o vigente Pacote de Abril de 1977, mas antes da Carta de 1988, a redação passou a ser, *verbis*:

“Art. 114.

I - exercer, ainda que em disponibilidade, **qualquer outra função**, salvo **um** cargo de magistério **superior, público ou particular**, e nos casos previstos nesta Constituição;

.....” (grifos meus)

Como o Pacote de Abril de 1977 foi, ao menos parcialmente, adotado pela Carta de 1988, o dispositivo equivalente hoje em vigor é, *verbis*:

“Art. 95.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo **uma** de magistério;

.....” (grifos meus)

Observe-se, apenas, que, na vigente Carta, não há restrição quanto às atividades de magistério serem no ensino superior, nem quanto às espécies pública ou privada. No mais, o Pacote de Abril de 1977 permanece intacto.

Até abril de 1977, os magistrados não eram proibidos de exercer atividades privadas, como a presidência de agremiações desportivas ou a atuação na justiça desportiva. Contudo, a partir do Pacote de Abril de 1977, e até hoje, o magistrado está proibido de exercer qualquer outra função, de qualquer natureza, salvo o magistério.

Essa brutal restrição se deu pela supressão do adjetivo *pública*, acima grifado. Antes de abril de 1977, o magistrado não podia exercer outra função *pública*, salvo o magistério. A partir do vigente Pacote de Abril de 1977, não pode mais exercer outra função - sem adjetivo, isto é, nenhuma outra função, nem pública nem privada - salvo o magistério.

Em síntese, a magistratura, presentemente, ainda está submetida a restrições decorrentes do AI-5, porque a tal constituição-cidadã - na melhor das hipóteses, por descaso - subscreveu, no ponto, o Pacote de Abril de 1977.

5. UMA FUNÇÃO DE MAGISTÉRIO

O que significa na parte final do inciso I do parágrafo único do art. 95, da Constituição, a expressão “salvo *uma* de magistério”?

Literalmente, o juiz só poderia exercer *única* função de magistério. Se assim fosse, o magistrado poderia se dedicar a única função de magistério com expressiva jornada de trabalho semanal e, mesmo assim, estaria diligentemente cumprindo a determinação constitucional. Nessa hipótese, as atividades judicantes seriam prejudicadas em benefício da literal interpretação do vocábulo “*uma*”.

Em verdade, o bem constitucionalmente protegido pelo suprarreferido comando é a imprescindível compatibilidade de horários entre atividades judicantes e as de sala de aula. Assim, não é relevante se o juiz ministra aulas em mais de um lugar, mas, bem ao contrário, se a soma do tempo gasto no magistério é compatível com o perfeito desempenho das funções da magistratura.

Aliás, a questão não é nova. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em 17 de fevereiro de 2005, a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.126/DF, cujo acórdão foi publicado na **Revista Trimestral de Jurisprudência**, volume nº 193, páginas nº 188 e seguintes, suspendeu a vigência da expressão “*único (a)*”, constante do art. 1º da Resolução CJF nº 336/2003. Naquele caso, o Conselho de Justiça Federal interpretara literalmente a Constituição da República, restringindo a *única* função de magistério o direito de o juiz ministrar aulas.

Nunca é demais repetir: a interpretação literal - que afirma ser possível ao magistrado desempenhar única função de magistério - ameaça o interesse público e o princípio constitucional da moralidade: com base nela, torna-se possível ao juiz transformar em secundárias suas atividades judicantes ao dedicar-se por extenuantes horas a *única* função de magistério, teoricamente cumprindo as restrições constitucionais.

6. A LOMAN

O mesmo Pacote de Abril de 1977 - parágrafo único do art. 112 da Emenda Constitucional nº 1/1969 - entronizou no ordenamento jurídico o instituto de, por lei complementar federal, então denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, entre outros temas afeitos à magistratura, deverem ser estabelecidas normas relativas às proibições previstas na Emenda Constitucional nº 1/1969. Com tal fundamento, foi editada a Lei

Complementar federal nº 35/1979, habitualmente denominada LOMAN, ainda em vigor, porque em grande parte recepcionada pela Carta de 1988.

Confiram-se, sobre o tema, os dispositivos da LOMAN, *verbis*:

“Art. 26. O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vedado):

*I -
.....;*

II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:

*a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério **superior, público ou particular**;*

*b)
.....;*

*c)
.....*

*§ 1º. O exercício de cargo de magistério **superior, público ou particular**, somente será permitido se houver **correlação de matérias e compatibilidade de horários**, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino.*

§ 2º. Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados.” (grifos meus)

Como foge ao escopo deste estudo, não se comentará a perplexidade decorrente da possibilidade de “magistrado vitalício” perder o cargo em virtude de “procedimento administrativo”.

Quanto às restrições impostas pelos comandos insculpados no art. 26 da Lei Complementar federal nº 35/1979, é impositivo reconhecer que eles estavam perfeitamente adequados à redação do art. 114, I, da Emenda Constitucional nº 1/1969. Todavia, como na Carta de 1988, não houve menção a magistério superior, não se pode considerar recepcionada a expressão “*superior, público ou particular*,” constante da alínea *a* do inciso I do *caput* do art. 26 e de seu § 1º. Por identidade de razões, isto é, inexis-

tência de específica previsão na vigente Lei Maior, a frase “*correlação de matérias e*” também não foi recepcionada.

Destarte, as normas contidas no inciso I do *caput* do art. 26 e seus parágrafos não podem ser interpretadas sem que se observem as - poucas, posto que significativas - mudanças entre a redação originária no Pacote de Abril de 1977 e a atual na Carta de 1988.

Decotadas da LOMAN as expressões diretamente relacionadas ao texto do art. 114, I, da Emenda Constitucional nº 1/1969, com a redação que lhe foi imposta pelo Pacote de Abril de 1977, constata-se que: i) deve haver compatibilidade de horários entre as funções judicantes e as de sala de aula, em obediência à norma inscrita no art. 26, § 1º, parte inicial, da LOMAN; ii) não é permitido ao juiz ser dirigente da instituição de ensino, por força do preceito inserto no art. 26, § 1º, parte final, da LOMAN; iii) atividades docentes relacionadas à formação e aperfeiçoamento de magistrados não são incluídas nas proibições, em virtude do comando insculpido no art. 26, § 2º, da LOMAN.

Quanto à compatibilidade de horários, já se demonstrou que tal imposição está presente em todos os textos constitucionais que permitiram a acumulação remunerada de cargos públicos.

A administração e a direção pedagógica de instituição de ensino são atividades indubitavelmente essenciais. Todavia, é possível diferenciá-las das desempenhadas em sala de aula. São estas, não as outras, que, além de beneficiar os alunos com a preciosa experiência profissional do juiz, logram aprofundar-lhe a formação profissional. Por isso, a LOMAN regulamentou a expressão constitucional “magistério” como atividade em sala de aula.

Nesse sentido, isto é, nitidamente distinguindo o trabalho em sala de aula da administração e da direção técnica de instituição de ensino, o Supremo Tribunal Federal, em 26 de novembro de 2003, aprovou o verbete nº 726 de sua Súmula, afirmando que, “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula”. Certo, em 29 de outubro de 2008, julgando o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772-DF, cujo acórdão foi publicado na **Revista Trimestral de Jurisprudência**, volume nº 208, páginas nº 961 e seguintes, a Corte Constitucional, por maioria, alterou esse entendimento, decidindo que “a função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula.”

Com base neste entendimento majoritário de 2008, o qual implicitamente revogou aquele verbete da Súmula do Pretório Excelso, seria possível afirmar-se que a parte final do § 1º do art. 26 da LOMAN, a qual restringe a função de magistério à sala de aula, não teria sido recepcionada.

Por fim, o preceito inserto no art. 26, § 2º, da LOMAN, que exclui as atividades relacionadas à formação e ao aperfeiçoamento de magistrados da proibição de acumular, demanda certa atenção.

Quando se editou tal comando, a Emenda Constitucional nº 1/1969 permitia ao magistrado o exercício simultâneo de *único* cargo de magistério *superior*. Repitam-se: *único* e *superior*. Evidentemente, do ponto de vista da densidade científica, a formação e aperfeiçoamento de magistrados são atividades pedagógicas que não podem ser classificadas aquém do nível superior. Essa, a parte fácil. Entretanto, como se podia compatibilizar a permissão constitucional de o juiz acumular *único* cargo de magistério com a exclusão de tal contagem das atividades de formação e aperfeiçoamento de magistrados?

Os cursos de aperfeiçoamento de magistrados, posto que conttenham relevante parcela de atividade de ensino, têm características peculiares: o juiz-instrutor distingue-se do juiz-aprendiz pelo maior treinamento em específicas questões da magistratura. Nestes casos, a dicotomia professor-aluno, significativamente baseada na ideia de que aquele tem o dever de esclarecer este sobre certos conteúdos, é substituída pela constatação de que dois colegas, possivelmente com similar formação técnico-intelectual, têm experiências significativamente diversas em peculiar aspecto da magistratura, impondo-se àquele com maior prática orientar o neófito. Raciocínio análogo se aplica aos cursos de formação de magistrados, porque o bacharel em Direito, por melhor que tenha sido sua formação, como aprendiz, muitas vezes dependerá de ensinamentos práticos do magistrado-instrutor.

Há mais: as normas inscritas no art. 93, II, c, e no art. 93, IV, da Constituição da República impõem a existência de tais cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados. O juiz que nele profere aulas está, em obediência à Lei Maior, cumprindo função administrativa do Poder Judiciário.

Em síntese, os cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados, posto que evidentemente conttenham atividade de magistério, caracterizam-se pela prevalência de orientação destinada à prática da judicatura. Por isso, tal atividade não pode ser computada como cargo de magistério.

7. O ESTATUTO DA MAGISTRATURA

A regra inscrita no *caput* do art. 93 da Constituição da República reserva ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa exclusiva de lei complementar que discipline o Estatuto da Magistratura, isto é, o regime jurídico a que estejam submetidos os magistrados. Tal lei complementar disciplinará, entre outros temas relevantes, as proibições da magistratura, inclusive o exercício de outro cargo ou função, e, evidentemente, revogará a LOMAN.

Aqui, ressurge o perigoso tema da “*hierarquia das leis*”. Evidentemente, ninguém discute que a Constituição da República é norma de hierarquia superior em relação a todo e qualquer outro componente do ordenamento jurídico. Fixada tal premissa, bastante difundida e absolutamente pacífica, as questões jurídicas se tornam bem mais complexas.

No art. 59, a Constituição da República, sob a tradicional denominação de “Processo Legislativo”, enumera os diplomas necessariamente submetidos ao Poder Legislativo. Nele aparecem as emendas constitucionais, as leis complementares, ordinárias, delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. Talvez por influência do regime militar, há forte tendência de ler-se esse dispositivo de forma análoga a uma lista composta por general, coronel, major, capitão, tenente e sargento. Com o devido respeito, nada é mais equivocador.

As espécies normativas enumeradas no art. 59 da Constituição da República - todas evidentemente submetidas à Lei Maior - não estão dispostas de forma hierarquizada. Não há, por outro lado, possibilidade de o Poder Legislativo escolher entre diploma supostamente inferior ou teoricamente superior.

Ao longo de seu texto, embora de forma marcadamente assistemática, a Constituição da República aponta qual dos diplomas enumerados em seu art. 59 seria o adequado para regulamentar determinado tema. Observe-se, aliás, que outras espécies normativas - como os regimentos internos dos tribunais - posto que evidentemente não listados no art. 59, têm campo de atuação constitucionalmente reservado. Por exemplo: a mudança temporária da sede do Congresso Nacional não pode ser feita por lei complementar, mas exclusivamente por decreto legislativo, nos termos do art. 49, VI, da Lei Maior; lei nenhuma, de nenhuma espécie, mas apenas o próprio regimento interno, pode dispor sobre competência dos órgãos jurisdicionais de qualquer tribunal judiciário, em virtude do

art. 96, I, *a*, parte final, da Constituição da República.

Nessa linha de raciocínio, o regime jurídico-constitucional dos magistrados só pode ser regulamentado, haja vista a norma contida no *caput* do art. 93 da Constituição da República, por lei complementar federal. Qualquer outra espécie normativa, enumerada no pré-falado art. 59 ou não, inclusive atos emanados dos tribunais e conselhos administrativos do Poder Judiciário, que pretenda regular a matéria será formalmente inconstitucional. Posto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema seja abundante, sugere-se como exemplo, por todos, o acórdão prolatado no julgamento de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.508-MS, publicado no Diário de Justiça de 31 de agosto de 2007.

8. CONCLUSÕES

Deste breve estudo, são possíveis as seguintes conclusões:

a) magistratura e magistério são atividades etimológica, histórica e ontologicamente imbricadas;

b) o exercício do magistério por magistrado é benéfico ao interesse público;

c) o juiz tem direito à atividade docente, porque, desde o Pacote de Abril de 1977, está submetido a brutais restrições de atividades profissionais;

d) não são relevantes os lugares onde o magistrado ministre aulas nem a quantidade de contratos de trabalho como professor, mas a necessária compatibilidade de horários com as funções judicantes;

e) a participação em curso de formação e aperfeiçoamento de magistrados não pode ser contabilizada como atividade de magistério, porque é função administrativa do Poder Judiciário;

f) exclusivamente por lei complementar federal de iniciativa absolutamente reservada ao Supremo Tribunal Federal é possível a regulamentação do regime jurídico da magistratura, inclusive quanto às proibições previstas no parágrafo único do art. 95 da Lei Maior. ❖

Autarquias Reguladoras do Sistema Privado e Adoção de Regime Jurídico Híbrido¹ a Seus Servidores²

Sérgio Alexandre Camargo

Advogado especialista em Direito Público; Mestre em Direito Público; Presidente da Comissão de Defesa para Acessibilidade Pública (CAP) da OAB-RJ; Professor de Direito Público da turma Regular e Pós-graduação da EMERJ; Professor de Direito Público da Pós-graduação da PUC-Rio; ex-Chefe de Gabinete, Assessor de Políticas Públicas e atualmente Membro do Comitê Carioca da Cidadania da Coordenadoria Especial da Diversidade Sexual da Prefeitura do Rio; autor de diversas obras e artigos jurídicos; Parecerista.

SUMÁRIO: I. Breve introito; II. Princípios norteadores: Legalidade, Proporcionalidade, Eficiência; III. Precedentes Jurisprudenciais; IV. Contratação Temporária: Lei 8.745/1993; V. Regime Celetista e Contratação Temporária; VI. Parecer do Ministério Público Federal pela adoção do Regime Híbrido ora proposto. Conclusão.

I. BREVE INTROITO

Conformar o dever das autarquias corporativas de atividades do setor privado, com sua função social em preencher o exercício de suas atribuições por concurso público, como política pública de implementar materialmente a dignidade da pessoa humana, que operando a igualdade nos viés isonomia e impessoalidade, vincula de forma inovadora através Carta Constitucional de 1988, todas as administrações públicas brasileiras ao certame público, diante da omissão legislativa do chefe do executivo federal, que detém iniciativa privativa para criação de cargos, e que até o momento não regulamentou o dispositivo programático³.

¹ Público e Privado.

² Artigo resultante de Parecer emitido ao CRECI-RJ em 15 de dezembro de 2015.

³ **TÍTULO IV - DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES** - Seção VIII - DO PROCESSO LEGISLATIVO - Subseção III - **Das Leis**: Art. 61. *A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos*

Não resta dúvida de que previsão acerca da criação de cargos, empregos e funções públicas federais recai sobre a iniciativa de lei da Presidência da República, órgão máximo da União Federal⁴, por expressa determinação do constituinte originário, não obstante restar claro a possibilidade de aquele órgão máximo delegar a outro a iniciativa de lei criadora de cargos públicos, o que obstante não se operou.

Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, 'Cargo' traz conceito pontual, de forma aceita pela doutrina majoritária e jurisprudência brasileira, *in verbis*:

*Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de um ou outra destas Casas*⁵. (Grifo nosso, não consta do original).

O desafio que se impõe às autarquias de direito público, em atividade de regulação do setor privado, é manter sua gestão pública eficiente, diante da *vacatio legis* deixada pela Presidência da República, em que não obstante os mais de 27 anos da previsão constitucional⁶, ainda carece de previsão legal para estruturar referidas entidades em cargos e planos de carreira.

Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; (Grifos nossos, não constam do original)

4 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:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 21. Compete à União:

XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, 2006, páginas 241-242.

6 Ainda que como no caso de algumas Autarquias Corporativas, como do CRECI por exemplo, já haja norma desde 1978, que dispõe sobre seu funcionamento.

Está a frustrar a gestão pública a ausência de normatização específica, como pretendeu o constituinte originário. Assim como gestores públicos que, cientes de sua vinculação à estrita legalidade, igualdade, moralidade administrativa, eficiência, dentre outros princípios, tentam a superação da demanda funcional que sua estrutura corporativa impõe, que não apenas tem de restar eficiente ‘ao olhar do direito público’, mas também diante seus destinatários no setor privado.

Em sua medida, deve exercer função social em implementar política pública para a igualdade, como forma de alcance da dignidade da pessoa humana, importando mais um passo em direção à consolidação de um efetivo Estado Democrático de Direito⁷, fazendo valer o certame por sua meritocracia, como um braço poderoso de material exercício da primeira dimensão de direitos fundamentais, garantindo definitivamente a consolidação desta dimensão de direitos⁸.

Certo é que este desafio tem de ser transposto, sob pena de falência da própria estrutura das autarquias corporativas, e, sobretudo, restar maneira indesejada de enfraquecimento do alcance eficaz do Estado Democrático Brasileiro que ainda está a sedimentar-se.

Inviabilizada está adoção do sistema privado ligado à Consolidação às Leis do Trabalho⁹ ao exercício funcional das autarquias corporativas, como resta *in casu*, visto que já superada esta possibilidade pela Suprema Corte Brasileira, que em diversas oportunidades¹⁰ consolidou a noção autárquica de instituições corporativas de inspeção do trabalho e exercício profissional vinculada ao regime jurídico, de direito público, isto é, o Regime Jurídico Único da Lei 8.112/90.

Pontuado está o desafio: impossibilidade de adoção do sistema celetista a pessoa jurídica autárquica de direito público; inviabilidade de investidura permanente em cargos ainda não criados por lei específica.

Certa feita, a contratação temporária na forma do artigo 37, IX, da Constituição Federal, de mão de obra para o exercício funcional nessas

7 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; (Grifos nossos, não constam do original).

8 Fundamentais da ‘Liberdade’.

9 CLT.

10 MS 21.797-9 (1996); MS 22643 (1998); ADPF 367/DF (1999); ADIN 2135/DF (2000); RE 539.224/CE (2012); Emb. Decl. Ag.Reg. RE 697.099/PA (2015); ADIN 5.367-DF (2015); ADC 36/DF (2015).

instituições por meio da Lei regulamentadora nº 8.745/1993 é solução que se torna mais que legal, ou legítima, necessária.

II. PRINCÍPIOS NORTEADORES

II. 1 Legalidade

Jürgen Habermas, filósofo alemão contemporâneo, lança mão da teoria do discurso para superar a razão prática pela razão comunicativa. Assim, a razão prática sempre pretendeu orientar o indivíduo em seu agir, ficando o direito natural como referencial normativo para a ordem política e social. A razão transportada para o meio linguístico presta-se a ‘servir aos objetivos descritivos da reconstrução das estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com aplicações empíricas’¹¹.

A noção de ‘Estado legal’, assim como concebido por Weber e Kelsen, não pode ser identificada com o Estado de Direito, mesmo que a legalidade seja uma condição necessária deste. Este fenômeno ocorre porque a legalidade não é uma condição suficiente do Estado de direito, em razão de não resolver adequadamente o que Habermas nomeia de ‘dialética entre igualdade de fato e de direito’.

O conceito de Estado de direito para Habermas torna necessário relacionar os conceitos de democracia e de legalidade¹²⁻¹³.

Claro resta que a legalidade deve ser observada para afirmação do Estado de Direito, e no viés estrito para atividade executada pelas administrações públicas brasileiras, ou seja, a gestão só faz o que a lei determina, não havendo discricionariedade na solução da legalidade. O ditame público de acessibilidade aos cargos públicos deve ser observado pelas autarquias corporativas, sob pena de contrariar a lei *lato sensu*, sendo certo que há o dever de realizar certame público para preencher os car-

11 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 19.

12 HABERMAS, Jürgen. **Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. P. 293.

13 “Estado de direito e democracia aparecem a nós como objetos inteiramente separados. Há boas razões para isso. Porque o governo político é sempre exercido na forma jurídica, o sistema legal pode existir onde a força política não foi ainda domesticada pelo Estado de direito. E o Estado de direito existe onde o poder de governar não foi ainda democratizado. Enfim, há governos ordenados legalmente sem as instituições do Estado de direito e há Estado de direito sem constituição democrática. Naturalmente, esses fundamentos empíricos para a divisão do trabalho no tratamento acadêmico dos dois assuntos não implica que, de um ponto de vista normativo, o Estado de direito possa existir sem democracia.”

gos públicos, ainda que no caso desta espécie de autarquia em questão não haja a subdivisão da estrutura em ‘cargos’, o que opera inviável o certame nos moldes tradicionais exigidos pela carta constitucional no artigo 37, II¹⁴, para provimento de cargos efetivos com regime próprio no direito público.

Plausível como adequação à legalidade Constitucional, a realização de processo seletivo simplificado para alocação de servidores temporários, na forma do artigo 37, IX, com regulamentação pela Lei 8.745/1993, o que de certo representa mero paliativo à problemática, restando solução que se torne definitiva.

II. 2 Proporcionalidade¹⁵

O desenvolvimento do princípio na Europa ligou-se visceralmente à ideia de Estado Democrático de Direito, buscando a proteção das liberdades individuais, não somente entre particulares, mas destes em face do poder público¹⁶.

O Estado criou o Direito, passando daí a tutelá-lo, não mais preponderando a ideia de que está acima dele. Esta noção desenvolveu-se primeiramente com a elaboração da doutrina do desvio de finalidade, em que o ato da autoridade, ainda que discricionário, seria invalidado se buscase finalidade contrária à lei.

Identificada justificativa pela qual as autarquias corporativas não podem deixar de exercer suas atividades, a partir de agentes que ingressem pela meritocracia da acessibilidade pública, que, como já tivemos oportunidade de salientar, não poderá se dar para provimento efetivo de servidores estatutários, como se depreende do sistema jurídico brasileiro, por única razão de não estar a espécie autárquica em questão, amparada por lei criadora de cargos em sua estrutura, estando impedida pela jurisprudência cristalina das cortes brasileiras¹⁷ de adotar o regime privado celetista para provimento originário definitivo, o que de certo está a impactar em sua eficiência administrativa.

¹⁴ Princípio da Acessibilidade Pública.

¹⁵ CAMARGO, Sérgio Alexandre Cunha. **Direito Administrativo, Estudos em Homenagem ao Professor Marcos Juruena Villela Souto**. Editora Fórum, 2015, páginas 823-837.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro, Lumen Lures, 2000.

¹⁷ MS 21.797-9 (1996); MS 22643 (1998); ADPF 367/DF (1999); ADIN 2135/DF (2000); RE 539.224/CE (2012); Emb. Decl. Ag.Reg. RE 697.099/PA (2015); ADIN 5.367-DF (2015); ADC 36/DF (2015).

A proporcionalidade ganhou cunho Constitucional na Alemanha pós Nazista, na busca de cessar os arbítrios do legislador e garantir a fluência dos direitos fundamentais, afastados durante aquele regime. Por esse motivo é conhecido o Princípio como de Proibição de Excesso¹⁸.

O princípio prestar-se-á a amparar autarquias corporativas a fluir a meritocracia da acessibilidade pública, que materializa a ideia fundamental da dignidade da pessoa humana igualdade, atendendo diretamente o comando constitucional de preencher funções pela acessibilidade pública, por processo seletivo simplificado, diante da omissão da Presidência da República¹⁹ em estruturar a autarquia em referência, criando cargos públicos.

No direito norte-americano, o Princípio originou-se através da interpretação evolutiva da Cláusula do Devido Processo Legal - *Due Process of Law* - inserida na Constituição Americana²⁰, ainda que Daniel Sarmento entenda ser mais remota sua existência, datando na *Common Law* da Cláusula *Law of the Land* constante da Magna Carta de João sem Terra, de 1215²¹. De uma ou de outra forma, o Princípio encontra-se amplamente divulgado no direito norte-americano e brasileiro.

Como última ponderação sobre a análise histórica, a opção em denominar o princípio como da Proporcionalidade, Razoabilidade ou Proibição de Excesso, pode ser, por ora, tida por despicienda, passando a mera opção terminológica²², visto que as noções acabam por convergir. O que se quer conter, na realidade, são os arbítrios no atuar do Poder Público, que se protege sob o manto da discricionariedade, ainda que no caso em comento não possa ser assim interpretado, na medida em que autarquias corporativas não têm ingerência sobre a Presidência da República para que exerça sua iniciativa privativa de normatizar sua estrutura de cargos públicos.

Portanto, neste caso específico, a Razoabilidade prestar-se-á à compreensão de que, em não havendo na estrutura autárquica corporativa da instituição subdivisão em cargos para seu exercício funcional e não sendo lícita adoção para provimento originário pela CLT, reduzem-se grandiosamente as opções para licitamente exercer a autarquia suas atividades meio ou fim.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 Sendo identificado como Princípio da Razoabilidade.

21 *Ibidem*.

22 Boa parte doutrina brasileira inclusive se refere à Proporcionalidade como expressão sinônima da Razoabilidade.

II. 3 Proporcionalidade Subdividida ²³

A subdivisão ora em análise não é fruto de uma evolução doutrinária brasileira, mas de uma proposta da doutrina alemã que entendeu desmembrar a Proporcionalidade em subprincípios.

Cabe-nos uma digressão no sentido de analisar cada subprincípio para que possamos entender seu significado e tecer alguns comentários acerca de seus desdobramentos, e justificativa para conclusão de tese a ser adotada para suprir a *vacatio legis* perante aquelas autarquias, conforme supra, sem olvidar atos administrativos ilegais, que poderiam, em controle externo do Tribunal de Contas da União, colocar a gestão da instituição em embaraçosa situação. Vejamos.

O subprincípio da Adequação preconiza que o atuar do Poder Público deve ser eficaz a alcançar os fins que o inspiraram²⁴. O fundamento da norma, a *mens legis* do Legislador, deve ser o reflexo do ato. Este conceito nada mais é que uma vertente da Teoria dos Motivos Determinantes que baliza o Ato Administrativo de maneira ampla.

A Teoria dos Motivos Determinantes, sucintamente, ensina que a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, em que se falsos ou inexistentes, implicam na sua nulidade. O atuar discricionário do administrador público é balizado sim pela Lei.

O subprincípio da Necessidade determina que o administrador deve optar pela medida menos gravosa ao administrado para alcançar o objetivo colimado. Se várias opções se apresentam ao administrador para que atue, deve sempre preponderar aquela que cause menor impacto nos interesses e direitos da coletividade²⁵. Em sendo assim, pode-se adiantar preliminar que mais eficiente será adoção de medida que alcance efetiva execução das atividades institucionais da autarquia corporativa, do que deixar de atender a seus fins institucionais junto aos indivíduos que exercem atividade no setor privado.

Canotilho²⁶ entende que o exame do subprincípio da Necessidade deve compreender:

²³ A subdivisão foi retirada por base a obra do professor Daniel Sarmiento, já citada, visto corroborarmos com seu entendimento.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Livraria Almedina, 5ª Ed., 1991.

1) a necessidade material, em que o meio deve ser o menos gravoso possível quanto à limitação dos direitos fundamentais (in casu, a Igualdade pela Meritocracia do certame público de ampla concorrência para preenchimento de cargos públicos);

2) o âmbito de intervenção deve ser limitado (as atividades serão exercidas por servidores temporários, enquanto quedar-se silente a Presidência da República no fazimento da lei de cargos das entidades autárquicas corporativas);

3) a medida coativa deve ter tempo certo (a Lei 8.745/1993, de que trataremos a seguir, determina termo para contratação temporária);

4) a medida deve ser suficiente a limitar a pessoa ou pessoas cujos interesses devam ser sacrificados (a coletividade poderá preencher os cargos funcionais das autarquias em comento, tão logo o executivo exerça sua atividade privativa de criação daqueles).

Como terceiro subprincípio, temos a Proporcionalidade estrito senso, chamada por Robert Alexy de Mandado de Ponderação²⁷. Traduz a relação custo benefício: as restrições impostas pelo atuar da autarquia devem ser inferiores aos benefícios colhidos pela forma de agir eleita, isto é, mais benéfico será ao setor imobiliário no Rio de Janeiro que agentes temporários viabilizem a atividade dessas agências reguladoras corporativas do setor privado, conforme estabelece a Constituição Federal²⁸, do que o setor imobiliário, por exemplo²⁹, restar acéfalo.

27 *Ibidem* p. 89.

28 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:*

...
XIII - *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*

Art. 21. *Compete à União.*

...
XXIV - *organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.*

Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*

...
XVI - *organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões.*

29 CRECI país a fora.

Alexy³⁰ alerta para a importância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito como forma de ponderação. Na visão do autor, quanto mais intensa for a intervenção em determinado direito fundamental, mais relevantes deverão ser os fundamentos justificadores dessa intervenção, o que *per si* justifica mais detalhada digressão principiológica, visto que em grande monta estará a Proporcionalidade a justificar o ato enunciativo em questão.

Estabelecendo-se uma lei de ponderação em três etapas bem distintas, podemos dizer que num primeiro instante há que se definir a intensidade da intervenção; num segundo momento averigua-se da importância dos fundamentos que justificam a intervenção, para enfim se efetivar a ponderação em sentido estrito.

Autarquias Corporativas necessitam de processo seletivo (ainda que simplificado) para alcançar a meritocracia do Concurso Público. Entre não fazer qualquer processo seletivo, visto não possuir ‘cargos’ em sua estrutura, e observar procedimento simplificado para preenchimento de suas funções por servidores temporários, esta opção parece-nos mais ‘necessária’. E por fim, entre não observar o comando constitucional do concurso igualitário de ampla e pública divulgação e permitir aos cidadãos algum processo meritocrático, por certo resta plausível a seleção simplificada como medida proporcional de alcance do resultado pretendido pela dignidade da pessoa humana.

II. 4 Proporcionalidade e Ponderação de Interesses

Trazendo a proporcionalidade para a Ponderação de Interesses, podemos dizer que a restrição imposta a cada interesse só se justificará num caso de conflito entre princípios constitucionais, na medida em que se mostrar apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, não houver solução menos gravosa e o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

A ponderação de interesses sofre restrições pela doutrina acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Há um conteúdo mínimo destes direitos que não pode ser amputado, seja pelo legislador ou pelo aplicador do direito³¹.

O núcleo essencial traduz o limite dos limites, protegido contra qualquer espécie de restrição, que não poderá ser violado sob o risco de

30 Ob. Cit.

31 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro, Lumen lures: 2000.

atingir os direitos fundamentais em sua própria essência, como gênero, e não mais como mera espécie.

No caso específico que ora nos é trazido à análise, entendemos possível oferecer solução que na prática utilize a Proporcionalidade, através de uma Ponderação de Interesses, em que se proponha às autarquias reguladoras de atividades do setor privado a realização de certame público que alcançará a igualdade da dignidade da pessoa humana pela meritocracia da acessibilidade pública, mesmo diante da omissão, reitere-se, do Poder Executivo, em deflagrar a norma criadora dos cargos da estrutura da autarquia, prevendo Concurso Público por procedimento seletivo simplificado.

II. 5 Princípio da Eficiência

A eficiência veio a lume com a legiferância do Constituinte Derivado, pelo que representou a segunda³² grande reforma do Estado brasileiro, a Emenda Constitucional 19 de 4 de junho de 1998.

O dileto Celso Antônio Bandeira de Mello resume aquilo que muitos gostariam de ter dito, mas não ousaram olvidar. O Administrativista de maneira sucinta resume, *in verbis*³³:

26. Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluído e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no direito italiano: o princípio da “boa administração”.

³² O Decreto-Lei 200/1967 representou a primeira grande reforma administrativa do Estado Brasileiro.

³³ *Ibidem*, páginas 117-118.

Percebe-se claramente que o legislador constituinte derivado teve de alertar o administrador público para que atuasse de maneira eficiente, na medida em que optou por prever o princípio de maneira expressa como forma de demonstrar a necessidade de buscar uma gestão mais eficiente depois de 10 anos da promulgação da carta.

Ainda que não seja dos princípios mais bem quistos pela doutrina, na medida em que se tornou um ‘puxar de orelhas’ de más gestões públicas, a Eficiência pretende buscar o melhor resultado pela administração pública, com menor gasto de recurso. Não há que se limitar o sentido de ‘recurso’, que poderá ir do financeiro ao técnico, do recurso tecnológico até o recurso humano da administração, e assim por diante. Traduz o jargão popular de ‘alcançar mais com menos’.

Por certo que compõe a eficiência administrativa o alcance do melhor resultado na atividade pública, com o menor dispêndio de recurso humano, de forma a evitar o inchaço da Gestão, que deve calcular seu pessoal de acordo com a demanda social no exercício funcional.

Autarquias corporativas certamente encontram barreiras para consolidar sua eficiência administrativa, na medida em que a falta de lei para sua composição e subdivisão de cargos, e plano de carreira, fragiliza o exercício de sua atividade, pois de certo é que o tráfego intenso de diversos agentes sem efetivo compromisso com a continuidade da atividade na gestão, resta claro em situações semelhantes a falta de comprometimento, e por conseguinte ineficiência administrativa.

III. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS³⁴

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal³⁵ consolidaram entendimento de que agentes públicos de autarquias corporativas³⁶ são autarquias criadas por lei, com personalidade jurídica de direito público, em exercício típico de atividade estatal valendo-se do Poder de Polícia administrativo, referente à fiscalização de desempenho de profissão, submetendo-se ao Regime Jurídico Único da Lei 8.112/1990, de natureza pública, regendo-se por regras desta natureza.

34 MS 21.797-9 (1996); MS 22643 (1998); ADPF 367/DF (1999); ADIN 2135/DF (2000); RE 539.224/CE (2012); Emb. Decl. Ag.Reg. RE 697.099/PA (2015); ADIN 5.367-DF (2015); ADC 36/DF (2015).

35 Idem.

36 Instituições de Conselho de Classe, exceto a Ordem dos Advogados do Brasil, face entendimento perfilado pela ADI 3.026/DF.

Por amor ao debate, o artigo 24 da Lei 4.324/64 previa que o recurso humano a serviço de Conselho Regional, como o caso do CRECI no estado do Rio de Janeiro, por exemplo, seria regido pela legislação trabalhista e inscrito para efeito de previdência social no respectivo instituto de natureza privada, o que seria possível no sistema anterior, incompatível com a atual Carta Constitucional em vigor pela regra do artigo 39, que teve discussão de constitucionalidade superada³⁷, como debateremos a seguir, restando válida previsão para inclusão no RJU e planos de carreira.

A validade, ou não, do artigo 39 da Constituição Federal de 1988³⁸ restou superada, não obstante a justificativa apresentada à Ministra Carmen Lúcia do STF pelo Congresso Nacional³⁹ de que a natureza aferida à Ordem dos Advogados do Brasil diante da ADIN 3.026/DF deveria aplicar-se aos demais conselhos profissionais.

Questionada a Presidência da República⁴⁰, posicionou-se de maneira também superada, de que os conselhos de fiscalização profissional seriam autarquias especiais e não fariam parte da estrutura estatal, firmando entendimento que restou equivocado, de que o RJU não se lhes aplicaria.

Correto entendimento adotado pelo STF, no sentido de manter as autarquias profissionais⁴¹, pois sua existência tem por fundamento necessidade de zelar pela qualidade dos serviços prestados por profissionais e pela observância da normatização brasileira, que lhes confere exercício de poder de polícia administrativa⁴², tendo o STF⁴³ firmado posicionamento de que referido poder seria exercível apenas por entidades que compõem a administração pública, visto limitarem direitos fundamentais, como a liberdade e a propriedade, caso em que ofenderiam o equilíbrio entre particulares em geral, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴.

Vã a tentativa da Lei 9.469/98⁴⁵ de alterar o regime dos conselhos de fiscalização para natureza privada, afastando o controle externo do Tri-

³⁷ ADPF 367/DF, ADC 36/DF e ADIN 2135/DF.

³⁸ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, **regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias** e das fundações públicas. (Grifo nosso, não consta do original).

³⁹ ADPF 367/DF.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Com a única exceção já mencionada no caso da OAB, por seus próprios fundamentos na ADIN 3.026/DF.

⁴² Artigo 22, XVI, CF/88.

⁴³ ADPF 367/DF.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 809.

⁴⁵ Artigo 58, e parágrafos.

bunal de Contas da União e tentando aplicar o regime celetista, tendo o STF suspenso cautelarmente a eficácia dos dispositivos da lei nesse sentido, declarando incompatível com ordem constitucional vigente.

Conclusão que não poderia ser diferente é que os conselhos de fiscalização profissional devem ser considerados pessoas jurídicas de direito público⁴⁶, submetidas a regime de Direito Administrativo, e compõem a administração pública federal indireta, sendo entidades autárquicas com personalidade jurídica e vinculadas ao Ministério do Trabalho⁴⁷.

Resta assim que a Lei 4.324/64 não conta com força normativa suficiente para se sobrepor ao texto constitucional vigente, restando superada. Fato é que elevada a exemplo a situação do CRECI, não é mero 'colaborador do Estado', mas braço deste.

Corroborando o pensamento supra, a Lei 10.871/2004 revogou dispositivos da Lei 9.986/2000, determinando adoção do RJU para autarquias reguladoras, sendo aplicado referido entendimento aos conselhos de fiscalização profissional como o CRECI, ainda que levado em conta entendimento de que teriam natureza jurídica de autarquias corporativas 'peculiares', ou *sui generis*, também não resta suficiente para afastar aplicação do RJU, pois não altera molde idêntico ao estabelecido pelo Decreto-lei 200/67⁴⁸.

IV. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA: LEI 8.745/1993

Caminhamos para o cerne da questão. Vejamos.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu brecha ao permitir a contratação temporária de recurso humano estatal⁴⁹, como mecanismo de acomodar a versão vinculatória que a meritocracia da acessibilidade pública tomou com a carta constitucional de 1988, mas também como forma de

46 Lei 5.766/71.

47 Lei 6.530/78.

48 DL que representou a primeira grande reforma administrativa do Estado brasileiro, estipulando: Art. 4º *A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios; II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias;* (Grifo nosso, não consta do original).

49 TÍTULO III - *Da Organização do Estado* - CAPÍTULO VII - *DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA* - Seção I - *DISPOSIÇÕES GERAIS*

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

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (Grifo nosso, não consta do original).

maleabilizar situações temporárias de incremento da função administrativa, sem demandar investidas definitivas em cargos, que apenas temporariamente precisam ser exercidos diante de alguma realidade fática.

A meritocracia da acessibilidade pública torna vinculante a todas as esferas administrativas da República, com o advento da carta de 1988, que talvez represente uma das maiores inovações de nosso constituinte originário, forma eficaz de materializar Política Pública de efetivação da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, após mais de 27 anos de promulgação da carta, muito há que se percorrer para a efetivação do princípio da acessibilidade pública como intencionado pelo constituinte originário.

A regra constitucional supra da contratação temporária veio a criar válvula de escape às administrações públicas, na medida em que a inovação, se levada a cabo com eficácia imediata, poderia até alijar a administração de maneira que a eficiência seria inatingível, razão esta que levou o constituinte a estabelecer regra transitória⁵⁰ para que, não obstante represente norma contrariadora à acessibilidade pública, visou a permitir a continuidade da atividade administrativa e também a salvaguardar direito de cidadãos agentes públicos que em até cinco anos da promulgação da carta, não tivessem ingressado por certame público, seriam considerados estáveis, acarretando o fenômeno da chamada ‘Estabilização Constitucional’, na medida em que a Estabilidade é fato administrativo e não político, como entendeu o constituinte no dispositivo do ADCT.

Certa feita, situações de necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal Indireta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos em lei⁵¹. Sendo considerada necessidade temporária de excepcional interesse público atividades técnicas especializadas necessárias à implantação de entidades para organizações existentes⁵².

Assevera a norma em questão que o recrutamento do pessoal a ser contratado será feito mediante processo seletivo simplificado sujei-

50 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 19. *Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.* (Grifos nossos, não constam do original)

51 Lei 8.745/1993, artigo 1º.

52 Lei 8.745/93, incluído pela Lei 11.784/2008, artigo 2º, VI, ‘f’.

to a ampla divulgação, atendendo-se à publicidade oficial da imprensa à qual esteja vinculado o órgão ou entidade administrativa, prescindindo de certame público⁵³.

Percebe-se claramente que o legislador, na esteira do constituinte originário, pretendeu garantir um mínimo de adequação aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana igualdade, publicidade e consequente meritocracia, que ainda que não exija concurso público nos moldes tradicionais, o que restaria inócua ao caso das autarquias corporativas, determinou modelo de processo seletivo que garantisse um mínimo de competição entre os administrados, dando publicidade ao atuar administrativo, e ao mesmo tempo assegurando a possibilidade de a administração prosseguir em sua atividade gerencial emergencial.

Para a situação aventada, a excepcionalidade teve de respeitar termo, não podendo superar cinco anos⁵⁴ a contratação temporária, já observado possibilidade legal de renovação do contrato temporário individual.

Parece-nos oportuna normatização para exercício funcional temporário, limitando o contratado ao NÃO atuar em atribuições, funções ou encargos não previstos no contrato temporário, como também NÃO ser nomeado ou designado mesmo precariamente, ou por substituição, para exercício de cargo em comissão ou função de confiança⁵⁵, por serem típicas de servidores estáveis, exercentes de atividades permanentes, isto é, servidores estatutários efetivos.

Observe-se que, de maneira bastante razoável, o legislador não pretendeu que a temporariedade se reiterasse continuamente, limitando a uma única contratação, que não poderá ser renovada antes de transcorridos vinte e quatro meses⁵⁶ da contratação que antecedeu, se for o caso.

V. REGIME CELETISTA E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

Opera situação tortuosa a definição do regime jurídico a ser adotado perante a relação entre o agente público e sua respectiva autarquia corporativa, pela reiterada omissão legislativa específica no caso em análise.

Certo é que o Constituinte Originário conferiu natureza contratual à relação funcional, ainda que de *lege ferenda*⁵⁷ possa o legislador incluir

53 Idem, artigo 3º.

54 Idem, artigo 4º, IV c/c parágrafo único, IV.

55 Idem, artigo 9º.

56 Idem, artigo 9º, III.

57 Lei a ser votada.

normas que flertem com o direito público, e consequente ao regime estatutário⁵⁸, sendo, portanto, ‘contrato administrativo de natureza funcional’, diverso dos tradicionais Contratos Administrativos.

Outrora a Suprema Corte brasileira entendia a relação contratual administrativa funcional como espécie do gênero Trabalhista⁵⁹, tendenciando modernamente à consideração de um regime jurídico-administrativo⁶⁰.

Na ADI 3.395, o STF conclui pela competência junto à justiça comum do Estado e não perante à justiça especial federal do Trabalho, para julgamento das ações que versem sobre servidores contratados temporariamente⁶¹, tendo a Corte Suprema no RE nº573.202⁶² definido a competência da justiça comum para julgamento dessas causas⁶³.

58 MARINELA, Fernanda. **Servidores Públicos**. Rio de Janeiro, Impetus: 2010, página 127 e Ss.

59 Veja decisão nesse sentido: **EMENTA: Conflito de competência. 2. Reclamação trabalhista contra Município.**

Procedência dos pedidos em 1ª e 2ª instâncias. 3. Recurso de Revista provido para declarar a incompetência da Justiça do Trabalho, sob fundamento no sentido de que, na hipótese, o contrato é de natureza eminentemente administrativa. Lei Municipal 2378/89. Regime administrativo-especial. 4. Contrato por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Típica demanda trabalhista contra pessoa jurídica de direito público. Competência da Justiça do Trabalho. Art 114 da Constituição. Precedentes. 5. Conflito de competência procedente (CC 7128/SC, STF-Tribunal Pleno, Rel. Min.Gilmar Mendes, DJ 01.04.2005, p. 0006. (grifos da autora)

60 Nesse sentido: **EMENTA: AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECLAMAÇÃO. ADI-MC 3.395/DF. CONTRATO TEMPORÁRIO. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO.** 2- No julgamento da medida cautelar na ADI nº 3.395/DF, entendeu o Tribunal que o disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária, entendida esta como a relação de cunho jurídico-administrativo. Os contratos temporários firmados pelo Poder Público com base no estatuto jurídico de seus servidores submetem-se ao regime jurídico – administrativo. 3. Não compete ao Tribunal, no âmbito estreito de cognição próprio da reclamação constitucional, analisar a regularidade constitucional e legal das contratações temporárias realizadas pelo Poder Público. 4. Agravos regimentais desprovidos, á unanimidade, nos termos do voto do Relator. (Rcl 4990 MC-AgR/PB,STF –Tribunal Pleno, Relator (a): Min.Gilmar Mendes, Julgamento:17.12.2007. DJ: 13.03.2008). (grifos da autora)

61 **EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR NA ADI 3.357. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME TEMPORÁRIO. JUSTIÇA DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA.** 1. No julgamento da ADI 3.395-MC, este Supremo Tribunal suspendeu toda e qualquer interpretação do inciso I do art. 114 da CRFB (na redação da EC Nº 45/2004) que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. 2. Contratações temporárias que se deram com fundamento na Lei amazonense nº 2.607/00, que minudineou o regime jurídico aplicável às partes figurantes do contrato. Caracterização de vínculo jurídico- administrativo entre contratante e contratados. 3. Procedência do pedido. 4. Agravo regimental prejudicado. (Rcl 5381/AM,STF –Tribunal Pleno, Rel . Min. Carlos Britto, Julgamento: 17.03.2008, Dje: 147)

62 Ocasião do reconhecimento da Repercussão Geral perante aquela Corte.

63 **EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME ESPECIAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA REGIDA POR LEGISLAÇÃO LOCAL ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988, EDITADA COM BASE NO ART. 106 DA CONSTITUIÇÃO DE 1967. ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** I- Ao reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a reclamação trabalhista, o acórdão recorrido divergiu de pacífica orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal. II – Compete à Justiça comum processar e julgar reclamações instauradas entre o Poder Público e seus servidores submetidas a regime especial disciplinado por lei local editada antes da Constituição Republicana de 1988, com fundamento no art. 106 da Constituição de 1967, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 1/69, ou no art. 37, IX, da Constituição de 1988. III – Recurso Extraordinário conhecido e provido. (RE 573202/AM, STF-Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 21.08.2008, Dje 232.) (Grifo nosso, não consta do original)

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento, adotou entendimento diverso na CC 50550/RJ, STJ⁶⁴ em que, configura a hipótese de contratação temporária normatizada pela Lei 8.745/1993, o vínculo entre poder público e servidor é estatutário, e não celetista, o que exclui a competência da justiça do trabalho.

Não nos parece, salvo outro juízo, ser este o melhor entendimento a longo prazo. A uma, por não haver normatização específica que respalde adoção do regime estatutário; a duas, pois caso o legislador delongue-se como lhe é peculiar, no futuro os agentes podem adquirir direito à aposentação, em que a ausência de contribuição para o regime próprio dos servidores poderá causar transtornos para averbação de aposentações junto ao Tribunal de Contas da União, razão pela qual enunciamos que a relação das autarquias corporativas com seus agentes públicos terá por base o regime celetista, com algumas previsões do regime estatutário, sendo portanto regime celetista híbrido, ou, *sui generis*.

O Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial⁶⁵⁻⁶⁶ n° 205, em que a ‘simples presença de lei que discipline a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, **mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial**⁶⁷.

Ora, a situação das autarquias corporativas não se adequa exatamente à questão supra, na medida em que sua opção por contratação temporária, a partir de concurso público simplificado, resta como última a atender os desígnios constitucionais, perante a alongada omissão da Presidência da República.

64 Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 27.09.2006, página 240.

65 OJ.

66 OJ-SDI1-205 COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO (cancelada) – Res. 156/2009, Dje divulgado em 27.28 e 29.04.2009. I – Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício. II- a simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporário de excepcional interesse público (artigo 37, inciso IX, da CF/1988) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial.

67 Grifo nosso, não consta do original.

O Ministro Carlos Britto, no RE 573.202, entendeu ser legítimo à lei estabelecer que tipo de proteção jurídica se dispensará ao servidor temporário contratado.

Como enunciado, a questão está longe de encontrar pacificação na jurisprudência brasileira, sendo certo que não poderá o trabalhador, ou agente público, estar à margem da proteção jurídica, sendo, por conseguinte mais oportuno ao CRECI adotar o regime celetista em suas contratações temporárias, restando solucionada a questão da contribuição previdenciária à autarquia da previdência federal, não obstante a se garantir algumas prerrogativas aos servidores temporários.

Em sendo a Contratação Temporária a termo, não pode se prolongar ou ser restabelecida eternamente, mas caso o servidor temporário cometa alguma infração administrativa funcional antes de alcançar o termo final de sua contratação, deverão as autarquias reguladoras de atividades privadas buscar enquadramento nos artigos 117 a 133 da Lei 8.112/1990, assim como garantir-lhe ampla defesa por Processo Administrativo Disciplinar, na forma do Título V da referida lei.

Observe-se que esta proposta coaduna a situação fático laboral de quem ocupa função, em estrutura sem subdivisão em cargos, e ao mesmo tempo adequa-se à natureza pública da autarquia corporativa, assegurando direitos dos servidores estatutários.

VI. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELA ADOÇÃO DO REGIME HÍBRIDO ORA PROPOSTO⁶⁸

A necessária percepção de se encontrar uma solução para as autarquias reguladoras transcendeu a mera tese doutrinária, sendo levada à judicialização⁶⁹ por necessidade de autarquias corporativas que regulem o setor privado legitimarem sua relação laboral com seus agentes.

68 20944 -OBF -PGR - **Reclamação 19.537 -RS** - *Relator: Ministro Luiz Fux* - *Reclamantes: Sindicato dos Servidores dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional no Estado do Rio Grande do Sul SINERCON RS e Outros* - *Reclamados: Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado do Rio Grande do Sul e Outros*.

69 *Reclamação. Desrespeito à decisão cautelar proferida pelo STF na ADI 2.135 sobre a validade da EC 19/1998, que alterou a redação do caput do art. 39 da CR. Conveniência da amenização da liminar concedida na ADI 2.135 com a criação de regime provisório de contratação de servidores públicos pelos conselhos de fiscalização de profissões, considerando a premência de admissão de pessoal para o exercício do poder de polícia, de interesse coletivo, a insegurança da configuração dessas relações laborais provisórias e a impossibilidade de as autarquias federais editarem as normas de que precisam para a criação de cargos públicos, dada a impostergável necessidade de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República. Parecer pela submissão do caso ao Pleno para o estabelecimento de regime provisório de contratação de pessoas pelos conselhos profissionais, enquanto se aguarda o desfecho de processo de controle abstrato de constitucionalidade, com autorização para que os relatores ulteriormente o apliquem aos casos sob seus cuidados.*

A suspensão pelo STF da redação dada ao artigo 39 da CF/88 pela Emenda Constitucional 19/1990⁷⁰, que permitia o fim da obrigatoriedade de adoção exclusiva de um único regime⁷¹ a ser adotado pelas administrações públicas direta e indireta, é de fato o pano de fundo da problemática à adoção do sistema celetista por estas entidades corporativas. Suspensa a eficácia da norma constitucional, restaram impedidas as autarquias da espécie corporativa de adotarem o regime privado celetista com seus agentes⁷².

Por conseguinte, o Exmo. Sr. Dr. Odim Brandão Ferreira, Subprocurador Geral da República⁷³, manifestou-se pela suspensão alcançada ao artigo 39, que pretendeu impor o Regime Jurídico Único às autarquias corporativas⁷⁴⁻⁷⁵.

Como já tivemos a oportunidade de argumentar de maneira exaustiva supra, cargos são criados por lei, de iniciativa privativa da chefia de cada Poder Executivo, estando por claro esvaziada às administrações públicas brasileiras adotarem medidas legislativas para criação de postos estatutários. Razão esta que fez optar o Subprocurador Geral da República pelo encaminhamento ao Pleno da Suprema Corte brasileira a adoção intermediária, transitória, por nós supra denominado de Regime Jurídico Híbrido, com características de direito público e privado.

Dentre as sugestões apresentadas pelo parecer do *parquet* federal, destacamos as seguintes:

‘1. Relação jurídica mantida sob a forma de contrato de emprego regida pela CLT, com todos os consectários desse regime, inclusive FGTS. Cuida-se do regime padronizado de contratação de trabalhadores fora do âmbito dos estatutos de funcionários civis capaz de proporcionar as garantias sociais básicas dos trabalhadores.

70 Segunda grande reforma administrativa do Estado Brasileiro.

71 Regime Jurídico Único (RJU).

72 ADI 1.717.

73 Em 29 de abril de 2016.

74 O STF, por meio de decisão de 2.8.2007, deferiu a liminar na ADI 2.135, para suspender a vigência da EC 19, no ponto em que alterava a redação do *caput* do art. 39 da CR. Consequentemente, a imposição do regime jurídico único – estatutário – a todos os conselhos em causa tornou-se conclusão clara do referido pronunciamento e do fato de serem eles, todos, autarquias federais, como o STF decidiu na ADI 1.717.

75 PGR, STF – Rcl 19.537, página 4, 2º parágrafo.

1.1. Em atenção à segurança jurídica dos administrados e para garantir a isenção dos empregados no desempenho do poder de polícia federal, o regime da CLT deve sofrer os seguintes acréscimos:

1.1.1. Incorporação dos deveres típicos dos funcionários públicos regulados na Lei 8.112/1990 e na Lei 9.784/1999;

1.1.2. As causas de demissão dos trabalhadores devem ser restritas às seguintes: a prática de ato definido como crime contra a administração pública federal, ato de improbidade administrativa definido na Lei 8.429/1992; de fato passível de demissão do serviço público assim definido na Lei 8.112, de fato subsumível ao conceito de justa causa do art. 482 da CLT ou de fato descrito no art. 3º, i, ii, e iii, da Lei 9.962/2000.

1.1.3. A apuração de infrações disciplinares respeitará as normas da Lei 9.784/1999.

1.1.4. Sujeição dos empregados em causa ao conceito do art. 327 do CP: trata-se aqui de preceito que declara a incidência da regra, ao invés de impô-la. Mas parece de bom aviso fazer com que conste dos contratos de trabalho, como alerta aos interessados e como vacina contra eventuais escusas fundadas na inevitabilidade de erro de proibição.

2. Relação previdenciária regida pelo regime geral de previdência social, em especial pelas Leis 8.212 e 8.213. Motivos similares ao do item precedente ditam a proteção dos trabalhadores.

3. O termo final do contrato de trabalho coincidirá com o início da eficácia do provimento final do STF na ADI 2.135, ainda que improcedente.

4. O recrutamento de pessoas será realizado por meio de concurso público que atenda às normas federais dessa forma de seleção de pessoal.

4.1. Em nenhuma hipótese, haverá o aproveitamento das pessoas selecionadas durante a pendência da liminar em em-

pregos, cargos, funções ou outra denominação dos postos de trabalho criados e a serem criados nos conselhos. Essa regra não impede, naturalmente, que os empregados participem de concurso público amplo posteriormente convocado para o preenchimento dos postos de trabalho, sejam eles empregos ou cargos públicos, em igualdade de condições com os demais candidatos.

4.2. Nenhum aspecto do contrato de trabalho celebrado por meio dessa autorização beneficiará os empregados, em concursos a serem realizados após o julgamento de mérito da ADI 2.135. Isso não impede que a experiência no trabalho seja considerada, desde que em paridade de condições com a experiência obtida pelos demais candidatos, inclusive na iniciativa privada.

4.3. Manutenção de empregos comissionados apenas para as funções de direção e chefia, inclusive com o respeito ao direito federal a respeito do recrutamento de parcela de seus ocupantes entre os concursados.

4.4. Impossibilidade de invocação do art. 37, § 8º, da CR, exceto na existência de lei específica e de contrato firmado com o Executivo federal.

5. O direito de greve dos empregados será regido pela decisão do STF, especialmente nos MI 670. 708 e 712.

6. Suspensão das ações coletivas que visem a garantir aos contratados presentes e futuros as vantagens do regime estatutário, até que julgada a ADI 2.135.

7. Suspensão das ações sobre a validade dos concursos públicos realizados, até que julgada a ADI 2.135.

8. A suspensão das ações mencionadas nos itens 6 e 7 não impede a instauração e o curso de processos individuais em que se discutam os direitos decorrentes da relação de emprego aqui discutida, a serem aforadas na Justiça Federal, nos termos da ADI 3.395.

9. Incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal, em relação ao limite de gastos com servidores, mas não serão reputados, em si mesmos, atos ilegais.

10. Licitude do emprego dos institutos coletivos do direito do trabalho material e processual, desde que não afastem normas de ordem pública pertinentes à administração federal. A medida parece apoiar-se na impossibilidade de se privar os empregados aludidos da proteção legal típica do estatuto dos funcionários públicos e das garantias trabalhistas.

11. Estipulação de prazo trimestral para o levantamento e solução inicialmente administrativa das questões decorrentes da aplicação do regime aqui disciplinado.

12. Incorporação ipso iure das condições transitórias estabelecidas pelo STF aos contratos de trabalho em vigor e a serem celebrados, sem prejuízo de sua pronta formalização por meio de adendos aos pactos vigentes e futuros com a assinatura de ambas as partes.'

CONCLUSÃO

Buscamos integrar o sistema jurídico brasileiro de maneira que as autarquias corporativas que, desde sua nova regulamentação em 1978⁷⁶, ainda não teve sua estrutura subdivida em cargos públicos, pudesse desenvolver suas atribuições institucionais da maneira esperada pelo Constituinte Originário e Derivado.

Como podemos depreender do exposto supra, os Cargos são o menor plexo de subdivisão das atividades Administrativas, as 'Competências', que carregam em seu bojo o exercício funcional, isto é, àquele a quem a lei atribui a desenvoltura de determinada atividade; Competência, cabe o exercício da referida, no desempenho da função pública. Não há Cargo Público sem função a ele atrelado, ainda que possa haver exercício funcional sem vinculação a Cargo Público, como no caso das pessoas administrativas de direito privado com vínculo na CLT.

Restou de longa data superada a discussão acerca da natureza jurídica das autarquias e seu regime. Sua natureza jurídica de direito públi-

76 Lei 6.530/78.

co demanda sua vinculação funcional ao Regime Jurídico Único (RJU)⁷⁷, afastando conseqüentemente a possibilidade de adoção do regime da CLT para aqueles que exercem atividade permanente na autarquia.

Sem regra específica que subdivida entidades corporativas das administrações públicas indiretas em Cargos Públicos, e na impossibilidade de adoção de regra privada da Consolidação às Leis do Trabalho, resta pouca manobra que de maneira proporcional integre o sistema jurídico brasileiro e mantenha a autarquia em sua função social como exequente de política pública implementadora da dignidade da pessoa humana igualdade, através da meritocracia do certame público.

Diante do quadro supra-apresentado, em que há fática demanda social para execução da atividade reguladora laboral do setor privado, do reconhecimento da estrutura autárquica de direito público das autarquias corporativas e do dever de realizar concurso público para preenchimento de Cargos Públicos, estes se reitera que NÃO existem, por prolongada omissão normativa da Presidência da República, tornando no caso fático de pouca oportunidade a subdivisão do exercício funcional em atividade meio e atividade fim.

Quer de meio, quer de fim a atividade, sem a estruturação em Cargos Públicos, numa ou noutra situação, encontram-se em posição delicada estas espécies de autarquia.

A relação Autarquia Corporativa X Trabalhador não pode ser puramente estatutária; a uma, visto não haver qualquer previsão legal na Lei 8.112/1990 neste sentido; a duas, por não haver subdivisão da autarquia em cargos públicos, o que permitiria o alcance da estabilidade funcional, com o respectivo provimento efetivo do servidor; a três, pois poderá gerar situação dissonante para averbação junto ao Tribunal de Contas da União dos processos de aposentação destes agentes, que, por não ocuparem cargos, não prestaram contribuição previdenciária ao regime próprio dos servidores públicos estatutários.

Certa feita, optamos por tudo que fora dito pela adoção de um Regime Híbrido, isto é, público e privado, norteado em sua estrutura pela Consolidação às Leis do Trabalho e aspectos do Regime Jurídico Único da Lei 8.112/90, juntamente com o previsto pela lei 9.784/99.

Desta forma, não resta outra opção legal que não a adoção do disposto no artigo 37, IX, da Constituição Federal de 1988, que teve sua regu-

77 Lei 8.112/1990.

lamentação pela Lei 8.745/1993, para que através da meritocracia de processo seletivo simplificado, as autarquias corporativas consigam preencher suas atividades através de servidores temporários pelo período máximo de cinco anos⁷⁸, como observado pelo comando legal, firmado por base o Regime Híbrido proposto, em que a estrutura base dar-se-á pela CLT, com alguns contornos do RJU, e da lei do processo administrativo federal.

Assim, terá comungado seu dever como administração pública indireta de corroborar atos materiais em direção à constituição programática brasileira, que pretende a consolidação de um efetivo Estado Democrático de Direito⁷⁹, através, dentre outros mecanismos, da dignidade da pessoa humana, que pelos princípios da primeira dimensão de direitos constitucionais, alcançam na meritocracia do processo seletivo simplificado eficiente ferramenta de sua consolidação, assim como da adoção de um Regime Híbrido, *sui generis*, visto que nem o estatutário nem o celetista isoladamente prestam-se a reger a relação das autarquias corporativas com seus servidores temporários até que sobrevenha o comando legal específico de iniciativa da Presidência da República para criação de cargos públicos e conseguinte adoção do Regime Jurídico Único da Lei 8.112/90. ❖

⁷⁸ Lei 8.745/1993, artigo 4º, IV c/c parágrafo único, IV.

⁷⁹ Artigo 1º, CF/88.

O Impacto da Lei Anticorrupção na Recuperação Judicial de Empresas

Vanderson Maçullo Braga Filho

Bacharel em Direito pela FGV Direito Rio. Advogado.

Luiz Roberto Ayoub

Juiz de Direito e professor da FGV.

A Lei nº 12.846/2013, também *conhecida* como Lei Anticorrupção, em vigor desde 29 de janeiro de 2014, surge com o objetivo de suprir uma lacuna existente no sistema jurídico brasileiro no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos.

A referida lei ganhou projeção em meio às recentes investigações da "Lava Jato", operação anticorrupção conduzida pela Procuradoria da República no Paraná e pela Polícia Federal, e mudou o cenário das punições para as empresas envolvidas com as mencionadas atividades transgressivas. Por certo, o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940) e a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) já discorrem sobre práticas ilícitas contra a Administração Pública há décadas, porém, somente pessoas físicas podiam ser punidas por esses crimes. Com a nova legislação, as empresas estarão aptas a serem responsabilizadas, no âmbito administrativo e civil, mesmo se não houver envoltura por parte dos seus sócios e/ou administradores.¹

Se, por um lado, a Lei Anticorrupção prestigia a opção político-legislativa de atribuir responsabilidade às pessoas jurídicas pelos atos

¹ É o que dispõe o § 1º do art. 3º da Lei Anticorrupção: "Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas na *caput*."

ilícitos cometidos, preenchendo o vazio até então existente no sistema jurídico brasileiro, sob outro ângulo amarga objeção. A pessoa jurídica enquadrada nas penalidades da citada lei, por limitação natural, não age em consciência própria e, portanto, depende de ato culposo ou doloso de um agente físico.

Mencionado argumento está apoiado na premissa de que não se pode admitir que qualquer pessoa – inclusive jurídica – responda por uma infração sem que ao menos lhe tenha dado causa de forma dolosa ou culposa, sendo imprescindível, para isso, que se demonstre a sua responsabilidade subjetiva, sem a qual não é legítima a imposição de pena.

Assim, as empresas poderão ser penalizadas de maneira desvinculada da responsabilidade de seus sócios e/ou administradores. Poder-se-ia, nesse sentido, ter sido encampada uma predileção político-legislativa de se continuar punindo tão somente as pessoas físicas que praticaram o ilícito e não a pessoa jurídica – ficção legal que desempenha relevante papel socioeconômico como fonte produtora de bens e serviços, geradora de empregos e pagadora de tributos –, aspirando a não sobrecarregar as finanças da empresa que nada fez.

De acordo com o art. 6º, inciso I, da Lei Anticorrupção, na esfera administrativa as multas aplicadas às empresas condenadas variarão no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos. Não poderá a penalidade, todavia, ser inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Caso não seja viável utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), conforme versa o parágrafo 4º do supradito dispositivo.

Já o art. 19, inciso I, por sua vez, dispõe sobre a responsabilização judicial, atribuindo ao ente público lesado pelo ato violador (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) e ao Ministério Público a legitimidade para propor demanda com vistas, dentre outras medidas, ao perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração.

Dessa forma, a seara administrativa é capaz de impor a multa sancionadora, ao passo que a judicial tem força para tomar de volta a vantagem ou o proveito indevido percebido.

A nova legislação prevê ainda um pacto que permite amenizar os corretivos para as empresas que colaborarem com as investigações – os acordos de leniência. Além do reconhecimento da prática do ato ilícito e da delação no processo, as empresas devem reparar integralmente o dano causado aos cofres públicos (parágrafo 3º do art. 16 da lei), contando com o incentivo da redução em até 2/3 (dois terços) do valor da multa administrativa aplicável. Os efeitos do acordo de leniência poderão ser estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o compromisso em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas (parágrafo 5º).

O art. 4º, no que lhe concerne, com o intuito de preservar que reorganizações societárias fossem desenhadas de modo a elidir a responsabilidade daquela empresa específica sentenciada, instituiu que subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

Sublinhe-se que o parágrafo 1º do art. 4º revela que, nas situações únicas de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora deve ficar restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido. Para a circunstância de alteração contratual e cisão, no entanto, deve a sucessora pagar por toda a dívida da sucedida, derivada da Lei Anticorrupção.

Veja-se a redação do reportado dispositivo da Lei Anticorrupção:

“Art. 4º. Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.”

O cenário, contudo, se mostra desassossegador, quando pesquisa da consultoria KPMG com 80 (oitenta) companhias brasileiras de grande

porte mostra que 80% (oitenta por cento) dessas não conhecem bem a nova lei. Esse percentual foi verificado em levantamento efetuado durante a 40ª mesa de debates do ACI (*Audit Committee Institute*), iniciativa independente promovida pela KPMG para discutir temas relacionados à governança corporativa, riscos, *compliance*, entre outros assuntos.²

Frise-se, por oportuno, que não se trata somente das finanças das empresas que restarão combalidas com as multas administrativas vultuosas e a determinação judicial de restituição das vantagens indevidamente obtidas. Deve ser levado em consideração, de igual modo, o potencial efeito negativo da condenação – ou mesmo da mera divulgação pela imprensa de que determinada empresa está sendo investigada – no valor das ações das companhias negociadas nas principais bolsas de valores mundiais, da reputação, da imagem, da perda de vantagem competitiva das empresas implicadas e o possível rebaixamento da nota de crédito pelas agências de avaliação de risco. Se não for firmado acordo de leniência e decorrer condenação administrativa e/ou judicial, há, além do mais, a possibilidade de se seguir a declaração de inidoneidade da companhia para impedi-la de participar em licitações e/ou contratar com a Administração Pública.

Sucedese uma peculiaridade relativa à economia nacional a justificar a preocupação com o tema. A figura do Estado como indutor de políticas econômicas, no chamado “capitalismo de Estado”, combina as forças do Estado com as forças do capitalismo, ajudando a explicar resultados de políticas públicas envolvendo atores empresariais do país.

O Estado é participante e influente, talvez mais atuante do que nunca na configuração do capitalismo brasileiro, podendo ser visto até mesmo como o mais destacado financiador da atividade econômica. Os empréstimos e financiamentos concedidos pelas agências e bancos de fomento, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, e a atuação dos fundos de pensão dos servidores das empresas estatais demonstram a existência de um Estado protagonista, que conforma e conduz o mercado.

Há grande espaço, do mesmo modo, para as empresas contratarem com a Administração Pública de um país de extensão territorial continental, desde a construção de grandes obras públicas até o fornecimento de

² Disponível em <https://www.kpmg.com/BR/PT/Estudos_Analises/artigosepublicacoes/Documents/Advisory/pesquisa-compliance-no-brasil.pdf>. Acesso em 24 jul. 2016.

insumos para a prestação de serviço público, como material escolar e fármacos. A própria reforma do Estado, com a redução do tamanho do setor público, trouxe consigo as privatizações e as concessões e a resultante criação das agências reguladoras, tornando frequente a comunicação e a proximidade das esferas pública e privada.

Esse complexo emaranhado de relações entre as forças do Estado com as forças do capitalismo propiciam um contato intenso e repetido, contudo também semeador de um terreno fértil para que se possa praticar atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos, incidindo a Lei Anticorrupção – um bebê de quase três anos e, repise-se, com conteúdo desconhecido por 80% (oitenta por cento) das grandes companhias nacionais – como medida de repressão e correção às empresas privadas.

Por conseguinte, uma empresa anunciada pelos meios de difusão da informação por relações controvertidas com o Estado, sendo (i) meramente investigada, tendo (ii) assinado acordo de leniência ou (iii) já condenada administrativa e/ou judicialmente, se encontra passível de sofrer significativo abalo e danos financeiros em suas atividades.

Aqui o caminho pode ser de “fora” para “dentro” ou, ao reverso, de “dentro” para “fora”. No primeiro caso, tem-se uma empresa que, por efeito de escândalos de práticas ilícitas contra a Administração Pública, sofre sucessivos prejuízos relativos às suas finanças e postula recuperação judicial. O segundo se configura quando, já no curso do processo de recuperação judicial originado por fundamentos diversos, se descobre algum ato de antijuridicidade contra determinado ente público.

A recuperação judicial, na outra ponta, tem por objetivo, nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/2005, marco legal que a disciplina, tornar viável a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. É, portanto, a ferramenta jurídica para solucionar a crise empresarial, reorganizando a sociedade e permitindo a equalização do passivo e que não se paralise o funcionamento e as operações, dando-lhe nova chance de êxito.

Ocorre que se apresenta extremamente árdua a recuperação de uma situação de crise financeira sem a possibilidade de contar com novos recursos. Nesse momento de dificuldade, a empresa necessita de capital

para dar andamento em suas atividades normais ou mesmo para que possa se reinventar rumo à superação da crise. Ciente dessa necessidade, a Lei nº 11.101/2005 prevê algumas alternativas, como o benefício concedido ao credor que continua apostando na empresa insolvente e que fornece bens, serviços ou mesmo recursos durante o processo de recuperação judicial (os créditos extraconcursais do art. 67) e o extenso rol exemplificativo de meios de recuperação, com vistas a permitir todas as formas que se mostrem viáveis à continuidade das atividades empresariais (art. 50).

Dentre os procedimentos listados no art. 50 da Lei nº 11.101/2005 têm-se, como mais conhecidos: *a*) a cisão³, incorporação⁴, fusão⁵ da sociedade empresária (inciso II); *b*) a constituição de subsidiária integral⁶ (inciso II); *c*) a alteração do controle societário (inciso III); *d*) a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos (inciso IV); *e*) o trespasse do estabelecimento (inciso VII); *f*) a dação em pagamento de bens (inciso IX); *g*) a constituição de sociedade de credores (inciso X) ou de propósito específico, para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor (inciso XVI); e *h*) a venda parcial dos bens (inciso XI).

A controvérsia, identificada de forma precursora pelo eminente professor Cássio Cavalli em simpósio na Associação Comercial do Rio de Janeiro, reside em identificar quais dos mecanismos reparatórios de uma empresa em processo de recuperação judicial (art. 50), que já foi ou deve ser condenada por ato ilícito contra a Administração Pública, podem causar a aludida transmissão de responsabilidade do art. 4º da Lei Anticorrupção, com a obrigação do pagamento da multa administrativa e/ou da restituição das vantagens indevidamente obtidas.

O mais forte argumento, favorável à transmissão, está no limite específico ao plano de recuperação judicial encontrado no *caput* do art. 50

3 Nos termos do art. 229 da Lei nº 6.404/1976, que trata das sociedades por ações, “cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.”

4 Nos termos do art. 227 da Lei nº 6.404/1976: “incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.”

5 Nos termos do art. 228 da Lei nº 6.404/1976: “fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”

6 De acordo com o art. 251 da Lei nº 6.404/1976, “a companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.” Há ainda, conforme o art. 252 da mesma lei, a possibilidade de estabelecer uma subsidiária integral com “a incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira.”

da Lei nº 11.101/2005, que, ao arrolar exemplificativamente os meios de recuperação judicial, ordena obedecer à “legislação pertinente a cada caso”.

Assim, na hipótese de o plano prever a cisão, incorporação ou transformação da sociedade, ou transformações de quotas ou ações (inciso II do art. 50); bem como a alteração do controle societário (inciso III do art. 50) e a substituição dos administradores da empresa devedora (inciso IV do art. 50), que são espécies de mecanismos reparatórios por reorganização societária, deverá ser observada a legislação societária aplicável (como a Lei nº 6.404/1976) a cada caso. Se o plano, de outra parte, resultar em ato de concentração que deverá ser analisado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, empenha-se a legislação concorrencial. Se, de outro ponto de vista, o plano envolver reorganização societária de empresa enredada com ato ilícito contra a Administração Pública, emprega-se a legislação anticorrupção e, conseqüentemente, seu art. 4º, subsistindo a responsabilidade ao produto resultante.

Especialmente no que toca à alienação de ativos (inciso VII do art. 50), inovou a Lei nº 11.101/2005, bem como o parágrafo 1º do art. 133 do Código Tributário Nacional, com as alterações da Lei Complementar nº 118/2005, ao tratarem das chamadas “unidades produtivas isoladas”, popularizadas sob a sigla UPI, dando tratamento ao tema da sucessão de dívidas, excluindo a sucessão de qualquer natureza, incluindo a referente a débitos tributários, quando da alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada em processo de recuperação judicial.

O propósito do legislador foi claro: viabilizar e, sobretudo, incentivar o ingresso de recursos na empresa com dificuldade financeira por meio da venda de parte de seus estabelecimentos e/ou bens, agregando o benefício da ausência de sucessão e, com isso, potencialmente aumentando o número de compradores interessados e melhorando o preço desses ativos.

Assim, conforme a dicção do art. 1.142 do Código Civil, a fábrica, a usina, o estaleiro, a refinaria, a destilaria, a transportadora, o estabelecimento industrial ou comercial, com todos os seus bens, imóveis, instalações, equipamentos, maquinário, elementos materiais e imateriais, ou porventura um conjunto separado dessas unidades produtivas, ou ainda bens incorpóreos como o direito à titularidade de *slots e holtrans* em aeroportos, vendidos judicialmente, passam a pertencer a outra empresa, sob novo controle e administração.

Confira-se, a propósito, a redação do parágrafo único do art. 60:

“Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver **alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor**, o juiz ordenará a sua realização, **observado o disposto no art. 142 desta Lei**.

Parágrafo único. **O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária**, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.” (grifou-se)

E do parágrafo 1º do art. 133 do Código Tributário Nacional:

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

(...)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo **não se aplica na hipótese de alienação judicial**: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

(...)

II – **de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial**. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)”
(grifou-se)

Dessa forma, no tocante ao trespasse de estabelecimento, o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 11.101/2005 expressa uma cláusula absoluta que estabelece que a alienação judicial pura, simples e única de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor (inciso VII do art. 50) as deixam inteiramente livres e desembaraçadas de quaisquer ônus. Uma sanção administrativa e/ou judicial, assim, seja por ausência de previsão na Lei Anticorrupção, seja pelo disposto no parágrafo único do art. 60, não poderá alcançar o estabelecimento alienado.

Repare-se que o *caput* do art. 60 faz referência à “alienação judicial” e a parte final do dispositivo pormenoriza o dever do juiz, na hipótese, de ordenar a sua realização, observando o disposto no art. 142 da lei.

O art. 142, visando assegurar a impessoalidade e o princípio da igualdade ao longo do processo, retrata:

“Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades:

I – leilão, por lances orais;

II – propostas fechadas;

III – pregão.

§ 1º A realização da alienação em quaisquer das modalidades de que trata este artigo será antecedida por publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com 15 (quinze) dias de antecedência, em se tratando de bens móveis, e com 30 (trinta) dias na alienação da empresa ou de bens imóveis, facultada a divulgação por outros meios que contribuam para o amplo conhecimento da venda.

§ 2º A alienação dar-se-á pelo maior valor oferecido, ainda que seja inferior ao valor de avaliação.

(...)”

O art. 144, ainda no mesmo capítulo, por seu turno, consagra verdadeira cláusula geral que permite ao juiz, diante da porosidade da cláusula – textura aberta – possibilitar manejar a regra geral do art. 142, ajustando o direito à realidade e dimensão do caso concreto.

“Art. 144. Havendo motivos justificados, o juiz poderá autorizar, mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do Comitê, modalidades de alienação judicial diversas das previstas no art. 142 desta Lei.”

O conjunto de problemas surge quando a alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial, vem acompanhada de reorganização societária.

No ponto, convém lembrar que a Lei Anticorrupção, em seu art. 4º, consagra a vontade do legislador de limitar a transferência da responsabilidade por sucessão a determinados cenários taxativos e expressos, notadamente às hipóteses de reorganização societária, dentre as quais se inclui a cisão, a incorporação, a fusão e a alteração contratual. Essas opções, lembre-se, são consideradas como meios de recuperação judicial nos incisos II e III do art. 50 da Lei nº 11.101/2005.

Como exemplo bem-sucedido de recuperação judicial por intermédio de um mecanismo de reorganização societária incutida também com alienação judicial de unidades produtivas isoladas, tem-se o precedente da “Casa & Vídeo”, rede que comercializa de eletrodomésticos a ferramentas, em fase final de tramitação na 5ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e conduzido pela eminente juíza Maria da Penha Victorino.

O estopim da crise da varejista foi a Operação “Negócios da China”, em atuação conjunta da Polícia Federal, Receita Federal e Ministério Público Federal, em novembro de 2008, que investigava crimes de sonegação fiscal, contrabando e lavagem de dinheiro por parte dos gestores da companhia e que chegou a prender treze membros da administração do conglomerado.⁷

Três sociedades do grupo postularam recuperação: “Mobilitá Comércio, Indústria e Representações LTDA.” e “Lar e Lazer Comércio e Representações LTDA.”, que eram as empresas operacionais, e “Paraibuna Participações LTDA.”, detentora original de direitos contratuais de uso, gozo e fruição da maioria dos pontos comerciais de “Mobilitá” e de “Lar e Lazer”.

A continuidade da realização da atividade econômica ocorreu através da segregação das atividades das empresas em recuperação em três unidades produtivas isoladas: a “Casa e Vídeo Licenciamentos” (sociedade cuja atividade exclusiva é o licenciamento de marcas “Casa & Vídeo” e outras para exploração econômica nos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e demais Estados da Federação); a “Casa e Vídeo Rio de Janeiro” (sociedade cuja atividade é a operação de atividade de varejo no Estado do Rio de Janeiro, admitindo expansão, vendas *web* e vendas televendas; e a “Casa e Vídeo Espírito Santo” (sociedade cuja atividade é a operação

7 Polícia Federal e Receita fazem operação em grande rede varejista. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/economia/policia-federal-receita-fazem-operacao-em-grande-rede-varejista-3815152>>. Acesso em 25 jul. 2016.

de varejo no Estado do Espírito Santo, admitindo expansão, possuindo uma loja em Juiz de Fora e excluindo as vendas *web* e vendas televentas).

O plano de recuperação, homologado em outubro de 2009, previu também a alienação judicial de cada uma das unidades produtivas com a aquisição do controle acionário pela sociedade anônima “Casa e Vídeo Holding S/A”, controlada por um fundo de investimentos denominado “FIP Controle”, constituído por credores optantes que converteram os seus créditos em quotas do referido fundo com deságio de 50% (cinquenta por cento) e por investidores financeiros.

Se, à época dos fatos, existisse e vigorasse a Lei Anticorrupção, poderia o Grupo “Casa & Vídeo” ter sido, dada à natureza das práticas lesivas à Administração Pública pelo qual foi investigado, condenado nas sanções administrativas e cíveis da normativa de referência. Caso isto acontecesse, além de grave dificultador à recuperação judicial, haveria uma sensível antinomia jurídica entre o art. 4º da Lei Anticorrupção e o art. 60, parágrafo único, da Lei Recuperacional e de especial afeição à “Casa e Vídeo Holding S/A”.

De um lado, há a regra de que subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de cisão societária e de alteração contratual quando praticado ato ilícito em face da Administração Pública (art. 4º). De outro, há norma que dispõe estar livre de qualquer ônus a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor no processo de recuperação judicial (art. 60, parágrafo único).

Já que, no distante, escapou-se de materializar o referido paradoxo, o porvir prenuncia ser assertivo.

A inclusão da OAS, uma das maiores construtoras do Brasil, na investigação da operação “Lava Jato”, restringiu a oferta de crédito à empresa e trouxe dúvida quanto à sua capacidade de conseguir novos contratos com o governo. Nesse contexto, a nota de crédito da empreiteira foi rebaixada pela agência de *rating* Standard & Poors, em janeiro de 2015, o que resultou no vencimento antecipado de suas dívidas.⁸

Foi nesse cenário que, de forma abrupta, a situação de caixa de curto prazo das empresas do conglomerado sofreu deterioração, circunstância que provocou um inevitável calote em credores nacionais e estrangeiros. Para evitar a falência, dez sociedades do Grupo OAS, sediadas no

⁸ OAS deixa de fazer pagamento e tem *rating* rebaixado pela S&P. Disponível em <<http://www.valor.com.br/empresas/3844994/oas-deixa-de-fazer-pagamento-e-tem-rating-rebaixado-pela-sp>>. Acesso em 25 jul. 2016.

Brasil e no exterior, apresentaram, em março de 2015⁹, requerimento único de recuperação judicial, ora em tramitação na 1ª Vara Especializada de Falência e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo. O plano de recuperação da OAS foi homologado pelo juízo em 27 de janeiro de 2016, sendo, concomitantemente, concedida a recuperação judicial.

No referido plano recuperacional, consta na página 15, nos itens 3.1.1 e 3.1.4, como meios de recuperação, precisamente a alienação de bens do ativo permanente em conjunto com a reorganização societária:

“3. Meios de Recuperação

3.1. Visão Geral dos Meios de Recuperação. Para que as Sociedades Integrantes do Grupo OAS possam recompor o capital de giro necessário para continuidade de suas atividades e preservação de seus ativos, bem como para o desenvolvimento de seu plano de negócios de forma redimensionada, sem prejuízo do Financiamento DIP, é indispensável que as Sociedades Integrantes do Grupo OAS possam, no âmbito da Recuperação Judicial e dentro dos limites estabelecidos pela Lei de Falências e por este Plano, adotar os seguintes meios de recuperação:

(...)

3.1.1. Alienação de Bens do Ativo Permanente. As Sociedades Integrantes do Grupo OAS, quando cabíveis, pretendem promover a alienação e/ou oneração de bens que integram seu ativo permanente, com exceção daqueles que integram o novo plano de negócios das Sociedades Integrantes do Grupo OAS, nos termos do quanto disposto na Cláusula 5a. Assim, serão alienadas algumas das participações societárias detidas pela OAS.

(...)

3.1.4. Reorganização Societária. As Sociedades Integrantes do Grupo OAS poderão submeter-se a procedimentos para reorganização societária, de forma a obter a estrutura societária mais adequada para o desenvolvimento de suas ativida-

⁹ **Empresas da OAS pedem Recuperação Judicial.** Disponível em <<http://www.oas.com/oas-com/noticias/empresas-da-oas-pedem-recuperacao-judicial.htm>>. Acesso em 25 jul. 2016.

des tal como redimensionadas no contexto da Recuperação Judicial e do plano de negócios decorrente da implementação deste Plano, sempre no melhor interesse das Sociedades Integrantes do Grupo OAS, dos seus Credores e visando ao sucesso da Recuperação Judicial.”¹⁰

Somando a estipulação do meio de reorganização societária no plano de recuperação da OAS, com o fato de a companhia não ter logrado êxito – pelo menos ainda – em celebrar o acordo de leniência com as autoridades competentes (ou ainda que o tivesse firmado, posto que desinfluyente para o resultado), tem-se o cenário de eminência do conflito normativo.

De qualquer forma, a OAS já está com a recuperação judicial concedida e pode ser surpreendida a todo instante com um processo administrativo e/ou judicial de responsabilização e, mais à frente, com possível condenação. Esse quadro de hesitação, especialmente quanto à sucessão, inquieta e afugenta investidores em potencial da alienação de estabelecimentos e/ou de bens e da reorganização societária, prejudicando o próprio sucesso da recuperação judicial do grupo.

E, afinal, verifica-se a transferência da responsabilidade por sucessão quando há uma recuperação judicial com reorganização da sociedade cumulada com a venda judicial de ativos?

Argumenta-se, do lado simpatizante, de início, pela necessidade de se garantir e reafirmar a ordem jurídica. Assim, não se pode abrir uma exceção para deixar de punir uma empresa pecuniariamente porque está em situação de crise.

Sabe-se que a corrupção é um dos grandes males que afetam a sociedade. São notórios os custos políticos, sociais e econômicos que acarreta. Compromete-se a legitimidade política, enfraquece-se as instituições democráticas e os valores morais da sociedade, além de também produzir um ambiente de insegurança no mercado econômico, comprometendo o crescimento econômico e afugentando novos investimentos. O controle da corrupção assume, portanto, papel fundamental no fortalecimento das instituições democráticas e na viabilização do crescimento econômico do país, sendo que as punições com base na Lei Anticorrupção agem como fator dissuasivo e inibidor de novas práticas pelo corpo social.

¹⁰ Disponível em <<http://www.oas.com/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81A3934D2F94C8014E3FE249C81C4B>>. Acesso em 25 jul. 2016.

Além disso, por uma razão jurídica, a Lei Anticorrupção, de 2014, é cronologicamente mais nova que a Lei Recuperacional de 2005, devendo prevalecer a norma posterior. Designa-se a este princípio o termo em latim “*lex posterior derogat legi priori*”, ou seja, lei posterior derroga leis anteriores.

E pelo critério específico, entende-se a supremacia da norma mais específica ao caso em questão. Desta forma, no caso da existência de duas normas incoerentes uma com a outra, observa-se se, ao dispor sobre o objeto conflituoso, que uma delas possui caráter mais específico, em oposição a uma compleição mais genérica. Na conflagração de dispositivos analisada, a norma geral versa sobre a transmissão da responsabilidade por sucessão na hipótese de alienação judicial de unidades produtivas isoladas de empresas com reorganização societária (Lei Recuperacional). Já a norma específica reza sobre a idêntica situação, adicionando a peculiaridade de se tratar de empresas envolvidas com atos ilícitos contra a Administração Pública (Lei Anticorrupção).

De mais a mais, repisa-se, o *caput* do art. 50 da Lei nº 11.101/2005, que, ao arrolar exemplificativamente os meios de recuperação judicial, impõe o dever de se observar a “legislação pertinente a cada caso”, devendo, por isso, ser empenhada a transmissão da responsabilidade assentada na Lei Anticorrupção.

Além de tudo, para se livrar dos efeitos das condenações com base na Lei Anticorrupção, as recuperandas terão o incentivo de introduzir no plano e, posteriormente, operar uma alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada, por mais mínima e desnecessária que seja à superação da crise, mas com o escopo de tão somente escapar do art. 4º da referida lei, tornando-o letra morta e desatendendo sua função originária.

No sentido contrário, apresenta-se a primordialidade de se preservar a empresa (art. 47 da Lei nº 11.101/2005). Deve-se, pois, privilegiar a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Eventual decisão em contrário, para mais, poderia maltratar o princípio da proporcionalidade. Vale lembrar que o artigo 8º do novo Código de Processo Civil determina que, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”, além de observar “a proporcionalidade”. Uma medida tomada com o fim de ratificar

o combate à corrupção gera, como efeito colateral, restrições à coletividade de credores, aos trabalhadores da companhia, à própria Administração Pública como destinatária dos tributos e aos próprios consumidores (se a recuperanda for concessionária de serviços públicos), sendo necessária a meticulosa ponderação entre dano e benefícios para que se avalie a validade da medida.

O critério específico, por seu turno, pode servir também para o outro lado. Por se estar no bojo de um processo de recuperação judicial, pode-se entender a Lei nº 11.101/2005 como a mais específica ao problema concreto, sendo a Lei Anticorrupção mais genérica, e aplicável às hipóteses não reguladas por legislação especial (como a recuperacional).

E, finalmente, completando este último argumento, vale trazer os ensinamentos dos mestres Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli:

“O único meio de recuperação judicial arrolado no art. 50 da LRF ao qual não se aplica a legislação extraconcursal consiste na alienação ou arrendamento de unidade produtiva isolada (inc. VII do art. 50 da LRF), em razão de o tema ser expressamente disciplinado pela Lei 11.101/2005.”¹¹

Seja qual for a alternativa a ser adotada, por certo, tanto a Lei nº 11.101/2005 como a Lei nº 12.846/2013 trazem enormes desafios que o tempo e os tribunais superiores serão os responsáveis por darem a solução correta, mormente tratando-se de uma legislação pintada com tintas jurídicas e econômicas que têm reflexos imediatos e importantes na economia do país.

Enquanto não há resposta certa para o deslinde da questão, com efeito, a indefinição sobre a possibilidade de sucessão de dívidas causa instabilidade e inconsistência aos investidores e potenciais interessados na aquisição dos bens da empresa em recuperação e/ou na reorganização societária desta. Estes deixarão, afinal, de aportar recursos, diante do magnânimo risco de se ver o produto sucessor da reorganização societária ser alcançado pelas iras da legislação anticorrupção.

Se o legislador não se preocupou em minimizar esse cenário de incerteza, é dever dos operadores do direito implicados (o juízo recuperacional, o Ministério Público e as autoridades administrativas responsá-

11 AYOUN, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 231.

veis) estabelecerem recíproca cooperação jurídica interna, como sugere o art. 67 e seguintes do novo CPC.

No tocante, é preciosa a lição do eminente Ministro Marco Aurélio Mello, ao dizer, em palestra na Universidade de Coimbra, em julho de 2015, que:

“(...) O Direito, ao fazer prevalecer a segurança jurídica, pode minimizar os riscos modernos das incertezas. Se a Era das Incertezas é um fato, o Direito deve, em proveito dos cidadãos, atuar contra suas consequências indesejadas. Ante tal quadro, eis a pergunta que embasa esta breve exposição: O Direito ainda nos oferece segurança?”¹²

Se a ausência de resposta definitiva à questão exposta não proporciona segurança aos investidores, de modo que estes necessitam dela e de previsibilidade para conduzir, planificar e conformar seus investimentos financeiros em empresas em recuperação judicial, devem os atores supraditos exercer um papel mais proativo e de cooperação jurídica interna, como sugere o CPC-2015, tencionando o afastamento das incertezas jurídicas para se preservar a empresa.

Pode-se, assim, em caráter antecedente e sem qualquer precipitação de julgamento, estimar a precificação do valor da multa administrativa e da restituição da vantagem indevidamente percebida, bem como avaliar-se a possibilidade da recuperanda preencher ou não os requisitos do acordo de leniência e também orçar suas potenciais deduções. Dessa maneira, aquele que deseja colocar dinheiro na empresa terá antevisão da possível dívida total da companhia (incluindo as penas milionárias que podem advir da Lei Anticorrupção), estando mais apto a decidir se vale a pena realizar o investimento e calcular com mais agudez a taxa de retorno.

Tal mecanismo visa também a resguardar os acionistas da recuperanda, minimizando especulações no mercado em torno do valor das ações e, de igual forma, objetiva restringir a volatilidade financeira da empresa, isto é, delimitar a variável que mostra a intensidade e a frequência das oscilações nas cotações dos seus mais diversos ativos.

12 **O Direito em tempos de incertezas**, por Marco Aurélio Mello. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI223331,41046-O+Direito+em+tempos+de+incertezas+por+Marco+Aurelio+Mello>>. Acesso em 26 jul. 2016.

Em arremate, com esta exposição, a pretensão é a de provocar uma reflexão sobre a antinomia jurídica oriunda de duas importantes legislações – o art. 60, parágrafo único, da Lei Recuperacional e o art. 4º da Lei Anticorrupção – que transportam reflexos na economia do país.

Por isso, é de vital importância a participação do juízo recuperacional, do Ministério Público e das autoridades administrativas responsáveis para, em um ambiente de cooperação jurídica interna, como instiga o art. 67 e seguintes do Código de Processo Civil recém-editado, trazer luzes para o investidor interessado em aportar recursos na recuperanda, enquanto não é definida pela jurisprudência dos tribunais superiores se transmissível a responsabilidade à sucessora na hipótese do plano de recuperação prever alienação de ativos comungada à reorganização societária. Equaliza-se, desse modo, a necessidade de estimativa e previsibilidade do aportador de riquezas com a avidez da empresa por ter quem a capitalize, enquanto o Direito não oferece a segurança inapelável e terminante sobre ao tema. ❖

O Silêncio sobre o Processo de Feminização da Magistratura: Relatos de Algumas Experiências e Perspectivas das Juízas Pioneiras no Brasil

Veridiana Parahyba Campos

Doutora em Sociologia PPGS-UFPE e Fundação Carlos Chagas.

RESUMO: Minha proposta neste artigo é remontar o contexto inicial do processo de feminização da magistratura através das experiências biográficas de quatro juízas pioneiras, com as quais entendo que há uma certa “dívida histórica”. Assim, faremos aqui algo como “herstory”¹. Apresentando algumas situações pelas quais tais mulheres passaram, demonstramos o caráter fortemente patriarcal da magistratura, especialmente algumas décadas atrás. Entretanto, como hoje em dia no Brasil temos um contingente médio de aproximadamente 30% de juízas na primeira instância e 5% na segunda instância, entendemos que tal característica continua presente, haja vista essa desigualdade de gênero nos quadros da instituição, especialmente nas instâncias superiores. Dadas as experiências das pioneiras e os números da atualidade, o presente artigo procura dar voz a mulheres que foram invisibilizadas na história da magistratura e ressaltar a necessidade de se discutir nos meios acadêmicos da Sociologia, do Direito e dos Estudos de Gênero a desigualdade de gênero interna que ainda permeia esse espaço de poder.

PALAVRAS-CHAVE: Feminização da Magistratura – Pioneiras – Desigualdade de gênero

1 Terminologia feminista criada nos idos de 1960 e que trata de relevar a participação feminina na História. A brincadeira linguística mexe com os pronomes da língua inglesa “his” e “her”; *history* ou *herstory*.

INTRODUÇÃO

Ao escrever o presente artigo, me proponho a visibilizar um pouco a história das mulheres na magistratura brasileira através da narração de algumas vivências das primeiras sujeitas que “vestiram a toga” no Brasil. Fato bastante recente em termos de tempo histórico, é preciso pontuar que o país possui um sistema judiciário há mais de três séculos, com tribunais, juízes e desembargadores desde 1609² e que a entrada de mulheres na instituição só se iniciou nos últimos trinta anos³ e, de maneira mais sistemática, só nos últimos vinte anos. Os impactos dessa entrada feminina ainda estão sendo percebidos, haja vista ser esta uma área profissional extremamente antiga, clássica das profissões, de elevado prestígio social e que durante mais de 300 anos existiu “muito bem” na completa ausência feminina. Nesse sentido, pensar a feminização da magistratura representa pensar um fenômeno recente e que pode significar a alteração de um *status quo* patriarcal.

A vontade de trazer as experiências dessas sujeitas a público surgiu justamente quando tive necessidade de acessar dados históricos que contassem as origens daquilo que se denomina de *processo de feminização da magistratura*, (JUNQUEIRA, 1999; BONELLI; 2010; CAMPOS; 2015) e me deparei com o fato de que praticamente não há informações sistemáticas e/ou acessíveis sobre as origens e o desenvolvimento desse processo.

Nos *sites* de diversos Tribunais de Justiça (TJ's) do país, como o de Pernambuco (TJPE), o do Rio Grande do Sul (TJRS) e o de São Paulo (TJSP), quando acessamos as áreas específicas que tratam da história dos Tribunais, absolutamente nenhuma menção é feita sobre quais mulheres teriam sido as primeiras juízas desses estados, sobre a história feminina na instituição ou sobre quando e como este processo teria se iniciado. Da mesma forma, nos principais *sites* de busca na *internet*, há pouquíssimas informações precisas ou acessíveis sobre o tema, à exceção de alguns artigos mais ou menos acadêmicos, que, mesmo assim, apresentam informações rareadas e complicadas de checar.

Essa pouca informação histórica, que implica numa *invisibilização histórica* do processo de feminização da magistratura, provavelmente se

2 Quando se instituiu o Tribunal de Relação da Bahia, o primeiro do país.

3 Houve alguns casos de juízas que ingressaram há mais de trinta anos: Magui Azevedo, em Pernambuco, Tereza Tang, em Santa Catarina e Auri Costa, no Ceará. Entretanto, cada uma delas passou mais de vinte anos sendo a única mulher juíza de seus estados, então, talvez seja mais cabível considerá-las como exceções do que como gatilhos do processo de feminização da magistratura (especialmente as duas últimas).

deve ao fato de que o mesmo, especialmente no seu momento germinal, não foi desejado pela corporação de então. Por ter impingido, ainda que indiretamente, um desafio ao *status quo* patriarcal de uma instituição extremamente tradicional, fato é que, de uma forma geral, em nenhum momento a entrada das mulheres na magistratura pode ser considerada como algo “desejado” ou “incentivado” internamente. Nunca houve nenhum estímulo institucional para isso; pelo contrário, durante muitos anos (séculos, para ser mais precisa), houve um sério bloqueio estrutural e ideológico ao ingresso feminino. Dado esse contexto hostil, por uma questão estratégica, parece que a entrada das mulheres, especialmente no começo, deu-se de forma um tanto sorrateira, como algo que não deveria chamar muita atenção. O/a leitor/a entenderá essa hipótese melhor ao longo do texto.

Além disso, em termos externos, essa invisibilização também pode ser fruto do fato de que a feminização da magistratura nem sempre tenha sido concebida pelas suas próprias agentes como um processo social de potencial coletivo e/ou que deveria objetivar⁴ alguma equidade de gênero dentro da instituição. Mediante pesquisas feitas em outros trabalhos, sugiro que as primeiras mulheres não entraram na magistratura tentando deliberadamente feminizá-la por razões políticas, mas fundamentalmente porque queriam, individualmente, ser juízas. Por conta disso, inclusive, é difícil inferir sociologicamente quando esse fenômeno da feminização se inicia de maneira mais efetiva, já que sua propulsão inicial parece se dever mais à determinação subjetiva de “meia dúzia de gatos pingados” (ou “gatas pingadas”) que se dispuseram – por um desejo profissional subjetivo – a romper os fortes bloqueios à presença feminina, do que a qualquer tipo de ideal coletivo.

Sociologicamente, o que se pode depreender disso é que as primeiras juízas brasileiras – que de agora em diante serão chamadas de *pioneiras* – não tiveram necessariamente o intuito consciente de gerar algum tipo de mudança para a sociedade e/ou para o próprio Judiciário, no sentido de que parece quase nunca ter havido um objetivo em prol da equidade entre homens e mulheres na composição da magistratura.

4 Em outro estudo, demonstro como o processo de feminização da magistratura deve ser atribuído muito mais à agência individual do que a uma agência coletiva. Ou seja, as mulheres que deram o “start” no processo parecem não ter tido o intuito político e/ou coletivo de feminizar a instituição. Independentemente das restrições patriarcais e da falta de estímulo que a própria instituição apresentava para o ingresso feminino, o que parece ter lhes movido a serem a força motriz disso que viria a se tornar um processo social parece sempre ter sido o objetivo/desejo individual/pessoal de tornarem-se juízas.

Contudo, a partir do momento em que as pioneiras conseguem tornar-se juízas, a possibilidade torna-se mais factível para outras mulheres, de maneira que, lentamente, aumenta o número das bacharelas em Direito que tentam o concurso para juíza e são aprovadas. Ao estudarmos o início do processo de feminização, observamos que essas pioneiras influenciaram muito, apenas com seu exemplo, a série de outras mulheres seguintes que tentaram a carreira. À medida que tal objetivo foi sendo alcançado por um número cada vez maior delas, o “processo de feminização” real, enquanto algo coletivo e potencialmente transformador (mesmo que não político), começou a tomar forma.

Dadas as circunstâncias de então, fato é que as *pioneiras* tiveram que enfrentar uma série de restrições patriarcais no caminho. Tais restrições foram pouquíssimo discutidas dentro dos estudos da Sociologia e, talvez menos ainda, dentro do Direito. Seja por uma questão de discrição da instituição em relação aos seus problemas internos (no caso, seu caráter patriarcal), seja pelo fato de que tal temática não tenha sido objeto de muitas pesquisas, hoje, parece justo e cientificamente relevante trazê-las e ressaltar a importância do “abrir de portas” provocado pelas pioneiras. Assim, num espaço profissional e de poder tão importante quanto a magistratura, do qual as mulheres nunca participaram, passou a haver uma crescente presença feminina. E quais foram/são os impactos disso para a instituição? E para a sociedade? E para o Direito enquanto campo de conhecimento? São questões que ainda parecem pouco discutidas, ainda que bastante relevantes para todos/as que anseiam por uma sociedade equitativa em termos de gênero.

O artigo não se preocupará tanto em demonstrar a factualidade do sistema patriarcal dentro da magistratura através de dados históricos e sociológicos, mas, narrando algumas experiências das juízas entrevistadas, será possível apreendê-la. Como dito no início, seus caminhos, ou estão muito mal contados ou nem contados estão. Assim, ainda que a ideia de “resgate” não seja exatamente apropriada – por parecer indicar que estamos tratando de algo que afundou –, de certa forma, o que tentaremos fazer aqui, através de trechos dos relatos de quatro pioneiras que tive oportunidade de entrevistar *tête-à-tête*, é o resgate desse momento social/histórico tão relevante que é a chegada das primeiras mulheres num espaço de poder que foi historicamente capitaneado pelos homens.

Nossas entrevistadas⁵ foram: Magui Lins de Azevedo, primeira juíza e primeira desembargadora do estado de Pernambuco, empossada em 1964; Maria Berenice Dias, primeira juíza e primeira desembargadora do Rio Grande do Sul, aprovada em 1973; Zélia Antunes, primeira juíza e primeira desembargadora de carreira do estado de São Paulo; e Iracema Garcia, aprovada no Judiciário paulista no mesmo concurso de Zélia em 1981⁶.

Resgatar a história da carreira dessas mulheres é relevante para o autoentendimento do próprio Judiciário, na medida em que exhibe a força do patriarcado que lhe perpassa(va) e traz às claras o início de seu tímido processo de heterogeneização de gênero, cujas implicações têm sido pouco discutidas. Também o é para os Estudos de Gênero, pois é mais um exemplo empírico capaz de demonstrar como o patriarcado ergue barreiras estruturais e ideológicas às mulheres (SAFFIOTI, 2004), especialmente na disputa por espaços de poder. Além disso, em termos sociológicos, as conquistas dessas mulheres ilustram como o agente, mesmo sob condições de opressão, pode, em alguns casos, sem uma atuação coletiva, perfurar estruturas e enfraquecer hegemonias, o que permite pensar as várias formas de mudança social. Por tudo isso e por conta da minha filiação feminista, creio que nós, pesquisador@s do Direito, da Sociologia, dos Estudos de Gênero e/ou da Antropologia do Direito, devemos nos apropriar desse objeto geral “mulheres e magistratura”, procurando sua história, suas condições de possibilidade, seus impactos para a sociedade, para o Judiciário e para o Direito.

MAGUI LINS DE AZEVEDO

Foi a primeira entrevistada e a mais difícil de encontrar. Não há nenhum relato sobre seu pioneirismo na página do TJPE e quase nada na *internet*. Só se encontra algo sobre Magui Azevedo na rede caso já se esteja de posse de seu nome completo, pois referências como “primeira juíza de Pernambuco” ou “primeira magistrada” nos *sites* de busca não conduzem a nenhuma referência sobre ela. Depois de tentar em diversos lugares e com diversas pessoas, consegui descobrir seu nome graças à dica de um funcionário do tribunal que me sugeriu uma incursão ao Memorial da

5 Todas foram entrevistadas por mim em seus respectivos estados. As entrevistas duraram entre 1h30min e 4h e consistiram em aplicação de um questionário semiaberto, seguido de entrevista semiestruturada.

6 Mediante suas autorizações, faço questão de expor seus nomes aqui exatamente no intuito de tornar a elas e as suas experiências algo visível que expressa um pouco da dimensão humana de uma instituição que, como outra qualquer, não existiria sem esse componente feito de carne, osso e emoção. A ordem das falas será de acordo com a ordem cronológica em que as entrevistei.

Justiça do TJPE e, através de um garimpo nos registros digitais, consegui finalmente descobri-la. A dificuldade do processo para “descobri-la” demonstrou quão desconhecida ela é dentro de seu próprio estado e quão invisibilizada é a sua história na instituição (muito embora Magui tenha sido, na verdade, uma das primeiras juízas do país).

Magui não só foi a primeira juíza, como também a primeira desembargadora de seu estado e só largou a vida profissional por conta da aposentadoria compulsória (chamada jocosamente por ela de “expulsória”), após 38 anos de magistratura, dos quais 22 deles foram como a única mulher da instituição. Muito embora nem aparente ser e nem se perceba como uma pessoa “desbravadora” ou “subversiva” da ordem social, em termos de lugares de gênero tradicionais, Magui sempre contrariou a norma, mesmo que nunca tenha se dado conta ou feito alarde sobre isso. Valendo-se dos estudos e do trabalho, conseguiu um alto nível de autonomia muito jovem (o que era raro entre as mulheres de sua época) e nem mesmo o lugar de “esposa” parece lhe ter chamado suficiente atenção, posto que nunca tenha se casado. Solteira e sem filhos, tinha 78 anos quando foi entrevistada.

Conta que, na juventude, sempre quis “trabalhar e ganhar dinheiro” e que “era doida para ter autonomia”, e que seu pai, inclusive, lhe dava apoio para fazê-lo. Entretanto, o horizonte mais próximo para a realização desse objetivo era o magistério, profissão tradicional feminina. Só que, para ela, isso estava totalmente fora de cogitação: “Naquele tempo, todo mundo era professora. Eu nuuunca quis ser professora. Deus me livre.”

Procurando seu lugar, em 1952, com apenas 18 anos, se inscreveu num concurso do Ministério da Agricultura (MA) para escriturária. E foi aprovada. E foi essa aprovação tão jovem que, segundo ela, serviu de incentivo para fazer os outros concursos que vieram ao longo da vida. Pude perceber que, tal qual as outras entrevistadas, Magui é uma mulher que sempre foi muito estudiosa e que parece ter usado isso como “arma” para se aproximar dos lugares que queria ocupar, abrindo seu espaço através da comprovação da competência técnica.

Sua formação na área do Direito foi quase acidental, muito embora, depois dos seus muitos anos de magistratura, se afirme como uma juíza vocacionada e seja visivelmente apaixonada pela profissão. O que lhe aconteceu para ela “cair” no Direito foi que, mesmo com o trabalho no MA, lhe “sobrava muito tempo” e ela não gostava de ficar em casa “sem

fazer nada”. Conscientemente ou não, contrariou a crença, especialmente ativa na década de 1950, de que as mulheres deveriam gostar ou “naturalmente” gostariam da vida doméstica. Daí, numa escolha totalmente funcionalista:

“Eu não pensava em estudar mais nada. Resolvi fazer Direito porque meu tempo sobrava. Eu trabalhava das sete à uma. Já ficar em casa? Nada de saúde eu tinha o menor jeito. Achei que queria estudar alguma coisa e que Direito era bom. E era perto da minha casa.”

E foi assim que foi aprovada na Faculdade de Direito do Recife. Segundo contou-me, lá não havia nenhuma professora, apenas professores homens e o contingente de alunas devia ser de, no máximo, dez por cento. Formou-se bacharel com 28 anos e aos 30 já ingressava na magistratura, no ano de 1966.

Muito embora soubesse que não havia juízas até então, diz que inscreveu-se no concurso “com a maior naturalidade” e afirma: “nem sabia que só tinha eu. Fiquei sabendo lá no concurso”. Sua aprovação é, de fato, completamente fora da linha normal. Tanto assim que passou 22 anos como a única juíza do estado. Essa sua condição de exceção suscitou nos outros várias elucubrações ao longo de sua carreira. Uma delas é de que só teria sido aprovada por conta de seu nome dúbio. Inquirida sobre isso, afirma que seria impossível, dado que o sexo do concorrente deveria estar por escrito na prova. Além disso, as provas eram presenciais, então todas as bancas a viram pessoalmente: “Havia prova escrita, prova prática - que era dar uma sentença - e, por último, uma prova oral. Não há hipótese de não saberem o sexo do candidato.”

Há ainda um outro “boato”, esse um pouco mais complexo de ser desmentido, que também foi igualmente negado por ela. Trata-se da história de que Magui só teria sido aprovada por ser sobrinha de Pedro Martiniano Lins, desembargador que chegou mesmo a ser presidente do TJPE, (não durante a época em que Magui fazia o concurso). Segundo ela, isso não procede porque nunca chegaram a ter muito contato e, ao ser perguntada sobre se ele teria, por exemplo, influenciado sua escolha pela profissão, afirma categoricamente que não. Por outro lado, no seu dis-

curso de agradecimento proferido na solenidade de sua aposentadoria, a juíza diz:

“Nesta ocasião não poderia deixar de recordar o meu querido tio, Desembargador Pedro Martiniano Lins, que também fez parte deste Tribunal de Justiça, de onde foi presidente, pelo apoio que ele sempre me deu.” (trecho do seu discurso de aposentadoria)

Se houve algum tipo de nepotismo, não há nenhum dado que possa confirmá-lo. No concurso, em 1966, foram 35 homens aprovados e ela. Dado o “exotismo” de sua aprovação, sondando, então, como a própria Magui a justifica, percebo que a juíza não se atém muito ao tópico e tenta atribuí-la ao acaso. Uma hipótese que também pode fazer algum sentido, dado seu ponto tão fora da curva; até mesmo porque, como foi dito, após o “ponto Magui”, a curva continuou absolutamente estável por mais duas décadas; nenhuma outra aprovação feminina. Diz que essa sua aprovação excepcional causou algo como um certo despeito entre as colegas da área, e que tem consciência de que gerou fofocas “As pessoas pensavam ‘só ela que entrou por quê?’”. Na percepção dela, então:

“Eu fui a única a requerer. Como eu passei, aumentou o número de requerentes e eles negavam todas, todas, todas. Imagino que para me aprovar eles possam ter pensado ‘deixa, deixa que ela não vai passar mesmo’. No ano que fiz, fui a única a me inscrever, aceitaram, passei. Acho que quando viram que era só eu, aceitaram. No concurso seguinte, mais mulheres se inscreveram e todas tinham a inscrição negada sem explicação”.

Ao ser questionada sobre essa nítida barreira que havia ao ingresso feminino antes e depois de sua aprovação, Magui afirma ter consciência de que ela existia e de que “se não eram todos os homens que não queriam mulheres lá dentro, com certeza era a maioria.” Por outro lado, afirma ter sido sempre bem-tratada por eles. Mesmo sabendo de tudo isso e

de sua condição excepcional como juíza, a entrevistada parece nunca ter feito da entrada feminina na magistratura uma luta pessoal e apenas se queixou de ter ficado muito tempo sem colegas mulheres:

“Eu sabia que eu era a única mulher. Eu queria que mais mulheres passassem, mas isso não me dizia nada. Eu sentia falta de colegas mulheres, eu sou muito comunicativa, eu gosto de amigas, me sentia isolada.”

Afirma que sua entrada não teve nenhum grande impacto lá dentro e que nunca sentiu nenhum tipo de preconceito por parte dos colegas homens. Mas é claro que sua entrada causou algum alvoroço na instituição. Tanto assim que o fato não foi normalizado e que as mulheres continuaram a ser vetadas após sua aprovação, muito embora tenham dado provas quantitativas de que tivessem interesse em ocupar esse lugar, como vimos na sua outra fala (ou seja, elas se inscreviam nos concursos). Sua entrada também causou algum impacto na sociedade de modo geral, pois, tal qual as pioneiras dos outros estados, foi procurada pela imprensa e pela televisão para comentar o feito.

De maneira contraditória, há em Magui certa “cegueira” em relação a qualquer tipo de vivência de desigualdade de gênero dentro da prática e da convivência profissional, a qual me parece um tanto racionalizada, já que seu discurso, em certos momentos, demonstra consciência sobre o patriarcalismo da instituição. Talvez, a técnica para conseguir seu objetivo pessoal foi evitar qualquer alteração da ordem institucional “apagando” seu gênero (BONELLI; 2010); algo como “me deixem ser juíza aqui em paz, que ninguém nem vai notar que sou a única mulher”. De toda forma, mesmo sem questioná-la diretamente, sua presença atípica sublinhava a desigualdade de gênero que acompanha(va) a magistratura.

ZÉLIA ANTUNES ALVES

Muito elegante, tem uma postura empertigada, é bastante séria e segura. Vem de uma família abastada e o Direito sempre foi uma realidade muito presente na sua vida. Seu pai é advogado decano do Vale do Paraíba e, segundo informações de outras entrevistadas, teria também sido dono ou diretor de uma das principais faculdades de Direito do interior do estado de São Paulo, a Universidade de Taubaté (na qual Zélia se formou).

Diz que nunca pensou em ser outra coisa que não juíza e ingressou na magistratura com apenas 26 anos. Esteve 32 anos na profissão, ocupou a função de desembargadora no TJSP e se aposentou sem maiores alardes há poucos meses. Tinha 59 anos quando a entrevistei, é divorciada e tem dois filhos.

Tem uma perspectiva bastante tradicionalista da magistratura. Para ela, muitos entre os/as novos/as magistrados/as seriam, nas suas palavras, “franco atiradores”, motivados pelos altos salários. Na sua percepção, os antigos também se diferenciavam qualitativamente pela coragem: “hoje em dia os juízes não têm mais personalidade como tinham antigamente. ‘Não vou dar isso para um malandro’. E não dava mesmo, não tinha medinho”.

Além disso, acredita que por conta do volume de trabalho da magistratura, vários desses “franco atiradores” dos concursos estão preferindo atuar no Ministério Público, onde o salário é igualmente alto, mas o montante de trabalho é menor, o que ela vê especialmente entre as mulheres:

“A magistratura é uma carreira difícil de conciliar com a família e isso afasta as mulheres da carreira. É mais fácil ir pro Ministério Público. O trabalho é muito intenso, tem que se mudar muito, você pode ir parar em comarcas distantes. No MP você ganha a mesma coisa e trabalha muito menos.”

Ainda que por vezes na entrevista Zélia tenha dado a entender que a questão da desigualdade de gênero dentro da magistratura seria algo irrelevante para a qualidade da Justiça, a juíza também mostrou plena noção de que havia um bloqueio sistemático à entrada feminina e viveu na pele o processo. Inclusive cônica de seu funcionamento e com uma segurança que parece constitutiva de sua personalidade, narra como, na ocasião de seu concurso, foi “armada” para o momento em que se daria seu confronto direto com a banca examinadora que era, obviamente, totalmente composta por homens:

“As mulheres se inscreviam, mas não passavam. Chegava no oral, elas inventavam alguma coisa e usavam como desculpa para não aprovarem... alguma pergunta impossível. No dia da minha prova oral, tinha uma sala lotada e eu fiz um exame lindo, porque eu tinha estudado muito. Eu fui muito bem.

Pensei ‘esse homem não vai me fazer de boba’. Eu sou muito geniosa, sabe?”

Fica claro que sua segurança pessoal foi bastante importante no enfrentamento desse desafio direto, além de sua postura impositiva que lhe permitiu não aparentar medo diante da banca. Conta, inclusive, que, nessa ocasião, quando um dos membros começou a lhe fazer perguntas que considerou descabidas sobre a matéria do Direito, desafiou-o publicamente inquirindo “O senhor está fazendo uma prova de Direito ou de Geografia?”. Ou seja, ela sabia que os homens que lá estavam, em princípio, fariam de tudo para desestabilizá-la emocionalmente a fim de evitar uma possível entrada feminina. Só que, através de sua personalidade segura e impositiva, ela organizou todo o seu curso de ação para se defender disso, consciente de que teria que contar com essa variável contrária. Segura de sua competência, enfrentou diretamente uma possível oposição à sua entrada, amparada na alta qualificação que ela sabia ser seu trunfo.

Como já era casada e mãe de um filho quando prestou o concurso, após essa etapa da prova oral (quando ocorria a entrevista pessoal), a banca, no intuito de “verificar” o grau de disponibilidade “real” dessas mulheres para a carreira e suas mudanças, inquiriu-a sobre o que faria com o filho e o marido caso fosse realmente aprovada e tivesse que ser removida para uma comarca distante. Ela, mais uma vez de maneira um tanto desafiadora, disse que aquela não era a hora de responder tal questionamento, pois efetivamente ainda não havia passado e que essa questão familiar só seria posta após sua indubitável aprovação, o que findou acontecendo.

Ao contar sobre a sua chegada de fato à instituição em 1981, afirma que foi realmente notada dentro e fora dela e que “Tinha gente o dia inteiro querendo me conhecer. Até a Hebe quis me entrevistar. ”, mas diz que concedeu apenas uma entrevista ao Estadão, pois o Tribunal não apoiava que sua aprovação se tornasse um assunto corrente nos meios de comunicação. Como de hábito até então, o fórum (João Mendes) também não tinha nenhuma estrutura para receber mulheres; nenhum banheiro feminino, por exemplo. Mas, com um funcionalismo e uma objetividade que parecem ser parte de sua personalidade, ao ser questionada por mim sobre como se sentiu diante desse tipo de coisa, sua resposta, num tom quase ríspido que pareceu indicar que isso nem de longe lhe causou des-

conforto, afirmou: “Não tinha banheiro mesmo. Mas aí, óbvio, foi só mandar construir um”.

Afirma também, como Magui, que a recepção dos colegas da Primeira Instância foi bastante tranquila, ao contrário de sua chegada na Segunda, que se deu em 1995. Ainda que numa parte de sua entrevista afirme que, na sua perspectiva, ser vítima de preconceito de gênero parece ser decorrência do “posicionamento que a própria mulher assume”, afirma, na verdade, que vivenciou sim esse tipo específico de preconceito, especialmente por parte dos advogados e desembargadores:

“Sempre fui muito bem recebida pelos meus colegas de Primeira Instância. Pelos colegas de Segunda Instância, com uma certa reserva. Havia entre eles mais preconceito pela admissão de mulheres na magistratura. No dia a dia, alguns advogados foram folgados, achando que, pelo fato de ser mulher, poderiam falar de qualquer jeito. Já mandei até advogado se retirar de audiência. Com o homem, era excelência prá cá, excelência prá lá. Com a mulher, o tratamento já era com um certo desrespeito. Isso foi durante um período. Hoje mudou.”

Seu comportamento ao longo da carreira, ainda que de maneira um pouco diferente de Magui Azevedo, foi de também não destacar sua diferença de gênero, reafirmando todo o tempo a sua igualdade em termos de competência profissional. Excedendo em intensidade a postura da primeira entrevistada, que pareceu levar essa questão do apagamento de gênero de uma forma discreta, quase que tácita, Zélia reafirmou-a em diversas situações, inclusive colocando-a como parâmetro de comportamento ideal para a categoria “dos magistrados”. O problema é que ideia de pensar através de uma “neutralidade” só se aplica à categoria “magistradas mulheres”, haja vista que o parâmetro de gênero que pauta a instituição é notadamente masculino, muito embora seja falsamente interpretado como neutro.

Ainda que no espaço deste artigo não caiba trazermos todas as percepções da entrevistada, é interessante perceber como, contraditoriamente, Zélia, mesmo sendo mulher, em diversos momentos reproduziu e endossou a forma e a imagem patriarcal do judiciário paulistano. Muito

embora tenha sido uma das grandes responsáveis pelo começo de seu enfraquecimento, na medida em que, sendo a primeira de várias mulheres que viriam, foi um dos gatilhos para o enfraquecimento da hegemonia patriarcal, sua entrada e permanência na magistratura se estabelecem através de uma postura mimética e pouco questionadora no que diz respeito aos problemas de desigualdade de gênero dentro da instituição.

IRACEMA GARCIA

Iracema Garcia foi a pioneira que só pude conhecer através do contato com a APAMAGIS⁷. Praticamente não há nenhum registro virtual sobre a sua passagem na magistratura, até mesmo por ter passado apenas 11 anos na instituição. É a única das pioneiras que não chegou a desembargadora, por ter se aposentado antes do tempo da promoção por antiguidade⁸, devido a uma questão de adoecimento pelo trabalho deveras exaustivo.

Sua chegada na magistratura foi um pouco diferente das outras entrevistadas, pois, segundo conta, ser juíza nunca foi um sonho acalentado na juventude que a tenha feito planejar um curso de ação para esse fim. Iracema foi também a que mais velha ingressou na instituição; foi aprovada apenas aos 44 anos de idade (juntamente com Zélia Antunes em 1981), no limite de idade para a aprovação (o máximo eram 45 anos para funcionários públicos). Tinha 77 anos quando me concedeu a entrevista.

Contemporânea de Magui Azevedo, comentou igualmente que, na sua juventude, todas as mocinhas faziam magistério. Muito embora, tal qual a colega nordestina, não se empolgasse com a ideia em princípio, disse que sua mãe lhe obrigou a cursá-lo, pois entendia que essa seria uma forma de garantir a autonomia financeira da filha, já que Iracema não é de família abastada. Sua mãe lhe disse que depois de arrumar um emprego como professora, poderia escolher o curso de graduação que quisesse.

Exatamente por conta do trabalho que arrumou como professora, Iracema foi fazendo uma série de especializações para o ensino de do-

7 Associação Paulista de Magistrados.

8 Há duas formas de promoção na magistratura: por antiguidade ou por merecimento. A primeira, autoexplicativa, advém do tempo de serviço, e a segunda, por um “reconhecimento público” do trabalho. Normalmente, é uma grande falácia. O “merecimento” nem sempre é factível; ele, na verdade, consiste majoritariamente em um “merecimento político”. Através de *lobby* ou de um “bater de porta em porta” se tece uma rede de apoiadores que votarão no seu nome como “merecedor” da promoção. Exige uma certa disposição para troca de favores e um grande traquejo político, que, pelo que pude depreender nas entrevistas, não são muito comuns entre as mulheres. Nenhuma das pioneiras foi promovida por merecimento, muito embora a excepcionalidade de suas carreiras.

entes mentais, área que adotou por afinidade, mas sem nenhum planejamento. Por conta disso, perto dos 25 anos, resolveu cursar a graduação em fonoaudiologia, mas, dado que não tenha se afinado com a atmosfera hospitalar, prestou novamente vestibular para Direito, nas suas palavras, “uma área que tem mil portas”, e, somente aos 34 anos, tornou-se bacharel. Tal qual Magui Azevedo, entra no Direito quase “por acaso” e afirma que o percentual de alunas do curso paulista em meados de 1960 ficava em torno de 20% e que o quadro docente era formado apenas por homens.

Prestar o concurso para juíza, segundo ela, “foi uma grande farra”, motivada por uma amiga muito próxima, com a qual estudava e que sempre a incentivava. Ainda que ponha nesses termos, seu discurso narrando suas atitudes de então sugere, na verdade, que ela levou muito a sério a “grande farra” e que tinha sim um enorme interesse na aprovação. Mas, ao mesmo tempo, havia uma tensão ou um medo muito grandes da expectativa criada e do veto institucional não declarado ao acesso feminino.

Isso pode ser depreendido porque, ao mesmo tempo em que diz uma série de coisas como: que “foi tudo uma grande farra”; que só juntou sua papelada da inscrição porque foi gentilmente solicitar a papelada de um amigo e o cartório “acidentalmente” tirou a papelada dele e a dela; que quase não se inscreveu por falta de atestado médico; e que só chegou na prova porque uma amiga lhe deu carona, Iracema também estudou muito para o concurso. Conta que fazia um grupo de estudos aos finais de semana e que só porque um certo advogado solidário emprestava os livros específicos durante esses dias, que eles do grupo tiveram acesso ao material certo, pois era tudo muito caro e/ou raro. No dia anterior à prova, conta também que ela e a amiga estudaram a noite inteira.

Creio que numa espécie de racionalização, Iracema buscou a aprovação no concurso, mas tentando não criar nenhuma grande expectativa, dada sua consciência acerca de suas inegáveis variáveis “negativas”: era mulher, de idade avançada para a média dos concursandos e com pouca condição para estudar exclusivamente, haja vista que já trabalhava na Auditoria Militar. Talvez por isso justifique a tentativa de maneira quase jocosa, como uma defesa. E essa sua “defesa” não era infundada, pois realmente essa série de variáveis contrárias era difícil de coordenar com o objetivo final. Até mesmo um diálogo desmotivador ocorrido no dia da prova parecia indicar isso: quando um magistrado conhecido a viu correndo para chegar a tempo “Ele falou: ‘Ixi, Iracema, nem adianta correr. Você

sabe que mulher não passa mesmo’. E eu disse: ‘eu sei, mas eu estou aqui para farrear’.”

Nesse clima inseguro, foi seguindo as etapas do concurso. Disse ter ido muito bem na prova escrita e não muito bem na prova oral, durante a qual um desembargador da banca fez questão de demarcar seu gênero para desestabilizá-la psicologicamente: “‘Como a senhora é mulher, devo-lhe fazer uma pergunta sobre Direito Penal’. E eu não sabia nada”. Qual seria, afinal, o sentido desse raciocínio pseudo “silogista” do desembargador? Nenhum, obviamente; apenas deixar a candidata insegura a partir da sugestão de que as mulheres não teriam competência para a área penal, uma área “dura” do Direito. Ainda assim, Iracema foi aprovada:

“Foi um concurso grande, passaram setenta e poucos juizes. Não tenho a menor ideia de por que resolveram aprovar mulher nesse concurso. Passaram seis, só ficaram três, mas só tinha uma vaga para juiz substituto e duas para investidura temporária, por isso que a Zélia entrou antes. E eu virei juíza com vinte anos de magistério nas costas, com 40 e tantos anos. ”

Compartilhando a percepção de Magui e Zélia, diz que a sua chegada à magistratura causou sim impacto na sociedade e que vários jornais e televisões a quiseram entrevistar, mas que preferiu a discrição: “estarmos juízas já era suficiente, não precisava aparecer mais”. Tal qual as outras pioneiras, também afirma que a sua chegada na instituição foi tranquila, já que, num primeiro momento foi alocada em São Paulo, no Fórum da Lapa: “Quando chegamos eu e o colega, novatos, fomos recebidos maravilhosamente, porque na Lapa é capital, é diferente. ”

Entretanto, mesmo com essa experiência positiva inicial, com o tempo chegaram também suas vivências de preconceito de gênero; ao ser designada para ajudar um juiz no Interior do estado, numa cidadezinha próxima à Sorocaba:

“O juiz de então nem minha mão apertou quando fui me apresentar. Ele: ‘eu pedi um juiz e mandaram uma mulher?’ E eu: Pois o senhor pegue esse telefone agora e ligue para o Tribunal. ‘Não, não... a senhora fica, já que o Tribunal mandou’. E ele era um enrolão. O doutor não deu as caras durante

um mês. E eu passei 90 dias lá e ‘sentença neles’. O povo me apelidou de ‘limpa-trilho’, porque eu limpava a área. Adorava a área criminal. ”

Na verdade, o juiz com o qual ela foi trabalhar já tinha um histórico de vários problemas e acusações de ser um profissional incompetente e aproveitou-se da chegada da colega novata para deixar de comparecer ao trabalho, escorando-se em Iracema, que em três meses tirou todo o atraso que ele acumulava. Mesmo tendo esboçado seu descontentamento pelo envio de uma juíza que seria, em tese, incompetente, deixou tudo em suas mãos e como não frequentasse o ambiente de trabalho, Iracema afirma que, mesmo com a tensão inicial, pôde trabalhar relativamente tranquila na maior parte do tempo.

Numa outra feita, conta que um funcionário de um cartório de Osasco também colocou publicamente seu preconceito de gênero. Segundo conta, o cartório estava extremamente bagunçado e era preciso organizar um mutirão para colocar as coisas em ordem: “Ele disse deliberadamente: ‘eu não gosto de mulher juiz, então eu não vou ajudar não.’” Entretanto, Iracema, principalmente por sua personalidade, mas talvez também por conta de sua idade e de toda a experiência acumulada em anos de sala de aula, não parece nunca ter se acuado diante dessas situações em que foi desafiada por conta de seu gênero. Nesse caso do funcionário, dada a estabilidade vitalícia das funções concursadas, pesquisou e descobriu como poderia legalmente tirar o misógino em questão do cargo e concluiu categoricamente para mim: “Eu sou muito direta, muito impositiva. Eu sou um trator, ninguém nunca me atrapalhou. Então eu fui e obriguei ele a sair.”

Da mesma forma, no trato com os réus, sentia igualmente que seu gênero sugeria uma fraqueza a ser desafiada, mas (e contando isso com um ar que dá a entender que talvez ela até gostasse de poder comprovar o contrário), sustentava sua firmeza:

“Os réus olhavam para mim, viam que eu era mulher e pensavam ‘tá no papo’. Vinham chorando e sofrendo, mas eu não soltava ninguém. Nunca cai nessas conversas. Preso só canta na gaiola. ”

MARIA BERENICE DIAS

A pioneira do RS, empossada em 1973, foi a mais fácil de ser acesada. Eu já a conhecia e admirava seu trabalho antes mesmo de me voltar à temática mulheres e magistratura. De toda forma, até mergulhar na pesquisa, nem eu sabia que ela tinha sido a primeira magistrada de seu estado. Berenice Dias pode ser considerada uma pessoa “famosa” justamente por conta de sua carreira profissional desbravadora, mas também por não ter medo de declarar publicamente suas posturas políticas. Também primeira desembargadora de seu estado, lutou publicamente por essas suas conquistas pessoais utilizando-as como fundamento para alardear a necessidade da igualdade de gênero dentro e fora da profissão. Se autointitula feminista (uma raridade entre as juízas), desenvolveu uma série de trabalhos sobre homoafetividade no Direito (este termo, inclusive, é de sua autoria), está constantemente envolvida em lutas sociais e é largamente convidada a proferir palestras em diversos círculos acadêmicos no Brasil e no exterior, tendo sido também professora da UFRGS.

Berenice é filha e neta de desembargadores e se diz apaixonada pelo Direito desde muito nova. Considera que em sua família nuclear havia dois modelos de vida a serem imitados: o do pai, um profissional da área jurídica que adorava a profissão, e o da mãe, uma mulher “do lar”. E afirma que, claramente, se espelhou no primeiro para definir o tipo de vida que teria, pois entende que desde criança questiona e não se encaixa plenamente no lugar tradicional feminino.

Dos cinco irmãos, foi a única a entrar no Direito e, desde a adolescência, decidiu trabalhar fora e seguir a carreira dentro da área, mesmo sabendo que era “sem a mínima chance de entrar na magistratura, né?”. Começou como datilógrafa do TJRS, chegando até a secretaria da vice-presidência. Aos 24 anos já estava formada e com a certeza de que queria ser juíza, independentemente do fato de que, até então, não havia mulheres na profissão e todas as inscrições femininas nos concursos eram indeferidas.

“Eu plantei minha aceitação. Porque eu fiz questão de ir trabalhar no Tribunal. Antes de ingressar, porque eu queria que os desembargadores me conhecessem. Eu queria meio que mostrar pra eles assim: ‘olha, eu sou uma pessoa que tenho condições’. Então o fato de eu ser filha de desembargador

talvez tenha pesado um pouco, mas meu pai já tinha falecido. Comecei como datilógrafa e terminei como assessora do presidente do tribunal. ... Outra coisa que eu fiz de uma maneira um pouco proposital foi me tornar professora da Universidade Federal. Como é que o tribunal vai dizer que não homologa a inscrição de uma pessoa que está aqui dentro, que trabalha há cinco anos, que é assessora da presidência, que é professora universitária, que é filha do desembargador?"

Surpreendentemente, apenas um ano depois, aos 25 anos, “contra tudo e contra todos”, foi empossada como a primeira juíza do estado. Mesmo com todo o respaldo que sabia ter durante o concurso, Berenice, que era simultaneamente concursanda e funcionária do TJ, foi obrigada a fazer uma série de “lobbies” entre os desembargadores no intuito de garantir a idoneidade do julgamento das candidatas durante as etapas, posto que ela soubesse, justamente por trabalhar dentro da instituição, de diversos casos de impedimento deliberado contra as mulheres:

“Até 1973, todas as inscrições feitas por mulheres eram previamente negadas. Na minha época, tivemos que brigar para que as provas não fossem identificadas. Num primeiro concurso, de 460 concursandos, mais ou menos 60 eram mulheres. Só quatro passaram porque tinham a letra muito masculina. Na entrevista de admissão, o desembargador chegou a perguntar se eu era virgem.”

Na prova oral, pública, pediu para que alguns desembargadores de sua confiança assistissem aos testes, para que, caso houvesse alguma disparidade muito grande entre as notas atribuídas e a qualidade das respostas, isso não passasse despercebido. Afirma ter chamado outras candidatas para que fizessem todas juntas esse pedido, mas que elas, acuadas, não aceitaram. E, aparentemente, na sua percepção, foi realmente o seu “séquito” de convidados que ajudou a garantir um mínimo de confiabilidade não só na sua própria avaliação, mas também na de sua colega que fez a arguição logo em seguida, contando, involuntariamente, com a presença desses “auditores”:

“Só quem passou fui eu e a outra Maria que fazia prova logo depois de mim, mas porque na vez dela ainda tinha aquele séquito lá. As outras duas rodaram com os desembargadores que prometeram rodar. E um deles disse pra mim: ‘Eu queria muito te rodar, Berenice. Mas eu não consegui’. E o outro falou: ‘De fato, fizeste uma prova para tirar dez. Mas eu não vou te dar dez’. Aí me deu um nove na prova e eu caí na classificação geral. Imagina perder um ponto??? Isso me deu um negócio!!! Fiquei em sétimo lugar. Claro que isso era um negócio que velava, mas foi isso.”

Por conta da limitação de espaço, não será possível narrar toda a sua história aqui, mas, dentre as pioneiras, Berenice foi a única que transformou todas as experiências negativas na busca da profissão negada às mulheres em uma bandeira política e em uma busca de inclusão geral feminina. São muitas as passagens de sua biografia em que isso fica claro.

Em suma, tentei mostrar aqui através de pequenas narrativas e experiências a realidade hostil que o patriarcado impôs às pioneiras no decorrer de suas carreiras e as estratégias que elas desenvolveram para lidar com isso; a passividade, o apagamento de gênero, o enfrentamento, a criação de cursos de ação específicos, a não criação de expectativas, a publicização do problema (entre outras). Ainda assim, tendo que se valer dessa série de estratégias, é importante frisar que todas as entrevistadas se mostraram absolutamente apaixonadas pelo ofício. Parece que além do prazer “comum” de receberem o *status* social da profissão - que recai sobre todos, independentemente do gênero -, em termos simbólico-subjetivos, no caso das pioneiras, soma-se a isso um incremento valorativo, pois elas sabem que ocupam/aram um cargo de poder no qual a presença feminina era inexistente; têm consciência de seu pioneirismo, apesar de todo o apagamento que o ronda. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTAUX, Daniel: "A vingança do curso de ação contra a ilusão científica". **Civitas**. Porto Alegre. V. 14. Nº 2. P. 250-271, maio-agosto 2014.

BONELLI, Maria da Glória: "Profissionalismo e diferença de gênero na magistratura paulista". **Civitas**. Porto Alegre. V.10. nº 2. P. 270-292, maio-agosto 2010.

BONELLI, Maria da Glória: "Ideologias do profissionalismo em disputa na magistratura paulista". **Sociologias**. Porto Alegre, ano 7, nº 13, p. 110-135. janeiro-junho 2005.

CAMPOS, Veridiana: "A chegada das Meritíssimas: um estudo sobre as relações entre agência individual, ocupação feminina de um espaço de poder e mudança social". 22/10/2015. 285 páginas. Universidade Federal de Pernambuco. Recife. Tese de doutorado.

FACIO, Alda. FRIES, Lorena Facio; "Feminismo, género y patriarcado", en Alda Facio y Lorena Fries (ed) **Género y Derecho**, Santiago de Chile, La Morada/Lom/American University, 1999.

FALCÃO, Joaquim: "O Múltiplo Judiciário". Em: SADEK, Maria Tereza; BENETI, Sidnei; FALCÃO, Joaquim. **Magistrados, uma imagem em movimento**. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

JUNQUEIRA, Eliane: "A Magistratura como um espaço de desigualdade. Novos contornos no espaço social: gênero, geração e etnia". Rio de Janeiro: UERJ, NAPE, p. 145 – 158, 1999.

JUNQUEIRA, Eliane: "Dossiê Feminino Plural: As Juízas". 205 páginas. 1999. Não publicado. (gentilmente cedido pela própria autora)

SADEK, Maria Tereza: "Judiciário: Mudanças e Reformas". **Revista Estudos Avançados**, nº 18, p. 79-101, 2004.

SADEK, M. T. ; BENETI, S. A. ; FALCAO, J. ; COLLACO, R. . **Magistrados - uma imagem em movimento**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, v. 1, 2006.

SADEK, Maria Tereza: **Justiça em números; novos ângulos**. Disponível em: http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/AMB_Sadek_Justica_em_numeros_novos_angulos.pdf.

SAFFIOTI, Heleieith: "Primórdios do conceito de gênero". **Cadernos Pagu** (12): p. 157-163, 1999.

SAFFIOTI, Heleieith: **Gênero, Patriarcado e Violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

TESSLER, Marga: "O papel da mulher no poder judiciário". **Revista da Doutrina da 4ª Região**. Edição 62. Publicado em 30 de Abril de 2013. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao053/Marga_Tessler.html. Acessado em Outubro de 2014.

VIANNA, L. W. *et al.* **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.

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.