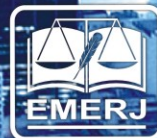


ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 10 - Nº 38 - 2007



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 10 - n. 38 - 2007

Abril/Maio/Junho

Rio de Janeiro

© 2007, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ

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

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Responsável pela Impressão: Editora Espaço Jurídico.

Tiragem: 4.000 exemplares

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

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

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

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

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

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

Rio de Janeiro:

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20020-903 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3471 / 3133-3376 - Fax: (21) 2533-4860

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



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Murilo Andrade de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação

Des. Amaury Arruda de Souza

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



Apresentação

Professor Emérito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o Doutor Ricardo Pereira Lira proferiu o que podemos chamar de aula magna para os magistrados, em janeiro último e tratou de tema de alto significado nos dias em que vivemos.

Falar sobre a questão urbano-ambiental e as tentativas que incumbem aos estados e à União resolver, interessados no grave problema de favelas nas regiões metropolitanas, é tocar na crise atual das cidades, que envolve a difícil solução do entrelaçamento de normas tradicionais do Direito Civil com as do Direito Social e Urbanístico. Nada melhor do que ouvir o tema da autoridade superior em Direito Civil.

A palestra do antigo professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Procurador do Estado, o civilista Ricardo Pereira Lira, e também professor da EMERJ desde os primeiros dias da sua criação, revelou que este se acha altamente credenciado para expor sobre matéria de tanta importância. Daí o nosso interesse em publicar o seu trabalho pelo estudo do tema que envolve o Estatuto da Cidade. Vários são os litígios, em áreas diversas na cidade do Rio de Janeiro, que tratam de ocupação irregular de terrenos do domínio do Município.

Cabe destacar que a Escola da Magistratura prossegue com seus seminários e encabimentos de magistrados e estagiários e, para tanto, convida eminentes professores de diferentes ramos do Direito, para expor novos temas jurídicos, a fim de atualizar seu Curso de Preparação para a carreira da Magistratura e atender aos juízes experientes que buscam o contínuo aperfeiçoamento jurídico.

A experiência demonstrou sempre que os candidatos aos concursos realizados em cada estado, com o objetivo de, nas seleções anuais, lograrem aprovação mais facilmente para o ingresso na magistratura, trazem via de regra, conhecimentos adquiridos tão-somente no curso da bacharelado, porém sem alcançarem êxito. A exigência dos tempos atuais, contudo, é maior. Daí a missão precípua da EMERJ: preparar profissionais do Direito para o ingresso na Ma-

gistratura de carreira e aperfeiçoar magistrados. Os vitaliciandos do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, além do acompanhamento direto por colegas mais antigos e experientados, dispõem, de instalações e meios de trabalho excepcionais e que nos levam a esquecer as dificuldades de trabalho de antigamente, inclusive nas Comarcas.

As últimas administrações se esmeraram em dotar os prédios em que se realizam os atos judiciais, de todo conforto, desde os meios tecnológicos de intercomunicação até as instalações, com ampla utilização de excelente mobiliário e ar condicionado.

Des. Décio Xavier Gama
Coordenador Editorial

SUMÁRIO

A Questão Urbano-Ambiental 17

Ricardo Pereira Lira

Professor Emérito da UERJ e Professor da EMERJ. Procurador do Estado.

Ainda a questão Urbano-Ambiental. Direito Urbanístico. A funcionalização dos institutos e instituições. A função social da propriedade. A função social da posse. O Estatuto da Cidade. Do Direito à moradia da Regularização Fundiária. Conclusão.

A Lei nº 11.418, de 19/12/2006 e o Novo Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário: Repercussão 53

Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Juiz de Direito do TJ/RJ e Professor da EMERJ.

1. A modificação empreendida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que cria novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. 2. A alteração do CPC empreendida pela Lei nº 11.418/06. 3. O exame de admissibilidade do recurso extraordinário e o procedimento a ser observado. 4. A projeção dos efeitos da decisão do Pleno do STF sobre os recursos interpostos sobre o mesmo tema constitucional. 5. Aplicação da nova lei e as regras de direito intertemporal.

Competência Disciplinar da Justiça da Infância e Juventude 67

Tânia da Silva Pereira

Professora de Direito da PUC/Rio e da UERJ, Mestre em Direito Privado pela UFRJ e em Ciências Civílicas (Coimbra).

O novo entendimento do ECA sobre a atuação do Juiz da

Infância e da Juventude. Para fins de competência disciplinar do Juiz, a questão se resume em se definir a natureza jurídica das "Portarias" referidas no ECA: procedimento de Jurisdição Voluntária ou ato administrativo ordinário. A opinião de Leonardo Grecco e de José Cretella Júnior. Os seus artigos 149, e incisos, e 191. Portarias e Alvarás. A participação do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente com suas atribuições. A opinião de membros do MP em alguns Estados. O Procedimento de Aplicação de Medida Protetiva (PAMP) no Rio de Janeiro. Procedimentos Especiais e Suspensão e Perdas do Poder Familiar. Art.165. A Doutrina Jurídica da Proteção Integral a nortear as decisões judiciais. Portarias de "órbita interna" e "órbita externa". A portaria normativa: as esclarecedoras, as normativas diretivas, as emergenciais, as executórias e as "conjuntas".

Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais 79

Rodrigo Brandão

Procurador do Município do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ, do IBMEC, do CEJ e do PRAETORIUM. Mestre em Direito Constitucional pela UERJ.

1. Introdução. Preliminares teóricas. Norma e enunciado normativo.
2. A viabilidade jurídica de o legislador (constituente-reformador ou ordinário) impor restrições aos direitos fundamentais. O embate entre as teorias interna e externa.
3. As modalidades de restrição aos direitos fundamentais.
4. Os limites dos limites.
5. Proposições objetivas finais.

Controle Jurisdicional da Instituição de Tipos Penais - Análise do Art. 28 da Lei 11.343/06 115

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Juiz de Direito do TJ/RJ. Mestre pela PUC - RJ e Doutor pela UERJ.

Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de Carvalho

Juíza de Direito do TJ/RJ.

1. Introdução.
2. Premissa fundamental: O legislador penal

não tem um cheque em branco. 3. O art. 28 da Lei nº 11.343/06 e o Princípio da Ofensividade. 4. O Estudo do art. 28 no Contexto da Lei nº 11.343/06. 5. A escolha das penas por parte do legislador. 6. A incompetência do Juizado Criminal para processar infrações administrativas. 7. A transação penal e as penas do art. 28. 8. O contexto social da Lei nº 11.343/06. 9. Conclusão.

Sincretismo Processual - Dois de seus Efeitos 129

Carlos Eduardo da Fonseca Passos

Desembargador do TJ/RJ

As reformas processuais e suas conseqüências (art. 475-J CPC). Intimação da sentença exeqüível e não da sentença. Termo inicial de Intimação. Pagamento do valor acrescido de multa (art. 475-J). O princípio da efetividade do processo e o sincretismo processual em termos práticos. A execução provisória e a definitiva. A mera intimação dos advogados. A opinião de Theodoro Júnior de não se incluir nessa imediata intimação a execução provisória, que se acha em divergência com a Doutrina de Athos Gusmão e Guilherme R. Amaral. O art. 234 do CPC, que não distingue entre as modalidades de intimação para o caso.

Juizados Especiais Cíveis e o Devido Processo Legal 135

Alberto Republicano de Macedo Júnior

Juiz de Direito do TJ/RJ na 2ª Vara Cível de São Gonçalo - RJ.

O devido processo legal. A alegação de necessidade de prova pericial não admitida no Juizado Especial. A declaração de imediato de incompetência do Juizado. Alegações da TELEMAR e AMPLA, em que ambas sustentam a incompetência do Juizado porque será imperiosa a realização de prova pericial de engenharia. A errônea tendência de ser acolhida a preliminar. A violação do princípio do devido processo legal ante o direito à ampla defesa. O princípio da celeridade profissional não pode ser olvidado. Princípios processuais constitucionais.

Prontuário Médico e a Inversão do Ônus da Prova 138

Camilla Prado

Juíza de Direito Auxiliar no XX Juizado Especial Cível do TJ/RJ.

1. A responsabilidade subjetiva do profissional liberal por danos. 2. Opiniões na Doutrina sobre essa responsabilidade, mesmo quando há inversão do ônus da prova (art.14 do CDC e o art. 333 do CPC). 3. A inversão do ônus da prova prevista tão-somente no CDC.

Súmula Vinculante e a Lei nº 11.417, de 2006: Apontamentos para Compreensão do Tema. 141

Leonardo Vizeu Figueiredo

Procurador Federal - Professor da EMERJ, da UFF e da Universidade Santa Úrsula - RJ.

1. Introdução. 2. Jurisprudência e Súmula. 3. A teoria dos precedentes norte-americanos. 4. Do procedimento para edição e cancelamento de súmula vinculante na Lei nº 11.417/06. 4.1. Da natureza jurídica do procedimento para edição e cancelamento de súmula vinculante na Lei nº 11.417/06. 4.2. Dos limites subjetivos dos efeitos da súmula vinculante. 4.3. Do objeto da súmula vinculante. 4.4. Dos requisitos para a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. 4.5. Da legitimação ativa. 4.6. Da manifestação de terceiros. 4.7. Da eficácia material e temporal da súmula vinculante. 4.8. Da possibilidade de reclamação perante o STF. 5. Conclusão.

O Comodismo e o Especial Fim de Agir do Crime da Prevaricação 156

Bruno Gaspar de Oliveira Corrêa

Promotor de Justiça do MP/RJ.

O crime de prevaricação e as três condutas do funcionário público: Duas comissivas e uma omissiva. O especial fim de agir. A inépcia da denúncia se ela não indica o elemen-

to subjetivo especial. Trancamento de Ações penais pelo STF, se omissa a inicial quanto ao interesse ou sentimento pessoal do Agente Público. O interesse pessoal de comodismo. O comodismo "definido" como atitude que atende ao bem-estar do agente. O interesse descrito no tipo do art. 319, do CP, pode ser patrimonial, material ou moral.

Execução dos Alimentos e as Reformas do CPC 160

Maria Berenice Dias

Desembargadora do TJ/RS. Vice-Presidente do IBDFAM.

1. As mudanças. 2. Como era. 3. As polêmicas. 4. A execução dos alimentos. 5. O rito da coação pessoal.

Função Social do Contrato e a sua Influência na Teoria Geral das Obrigações 169

Alexandre Guimarães Gavião Pinto

Juiz de Direito do TJ/RJ.

A realidade do Código de 2002. Com a função social do contrato, não pode mais haver o pacto como direito absoluto, ou ser a avença vista sob a ótica individualista. A função social, mais, contudo, nos efeitos do contrato. O princípio da transparência: o cuidado, a informação, a cooperação. A equidade e o equilíbrio entre direitos e deveres dos contratantes. O princípio da probidade e o da eticidade. O art. 421 do Código Civil. A autonomia da vontade, mais motivada. A revisão judicial dos contratos, se onerosa a relação contratual, com distorções intoleráveis (arts. 478/479 do CC).

O Despacho “Ao Contador”: na Contramão da Celeridade 180

Guilherme Bollorini Pereira

Juiz Federal da 35ª Vara no Rio de Janeiro.

1. Introdução. 2. A Atividade-meio do Contador judicial. 3. Da necessidade de o Juiz entender o julgado. 4. Do reinício

da via-crúcis. 5. Exemplo do dia-a-dia. 6. O Abarrotamento da contadoria. 7. Inferências.

Interesses e Direitos Essencialmente e Acidentalmente Coletivos **189**

Marcelo Daltro Leite

Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

1. Introdução. 2. Interesses/Direitos Coletivos - Instituto de Direito Processual Civil. 3. A unitariedade como marca distintiva dos Direitos Essencialmente Coletivos. 4. A cindibilidade dos Direitos Acidentalmente Coletivos.

"Quatro Casamentos e Dois Funerais": Alguns Aspectos das Sociedades Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro **210**

Ivaldo C. de Souza

Juiz de Direito (aposentado) do TJ/RJ - Professor da EMERJ, da Universidade Estácio de Sá e da UNIVER-CIDADE.

1. Introdução. 2. Primeiro Funeral. 3. Segundo Funeral. 4. O Primeiro Casamento. 5. O Segundo Casamento. 6. O Terceiro Casamento. 7. O Quarto e Último Casamento.

Aspectos Polêmicos da Nova Lei de Falências **222**

Mônica Gusmão

Professora de Direito Empresarial da EMERJ, dos cursos de Graduação e Pós-graduação da UCAM, UERJ e UNESA, da EMATRA, da AMPERJ e da FESUDEPERJ. Vice-Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da EMERJ.

1. Introdução. 2. A falência como meio de cobrança. 3. Efetividade da garantia do juízo. 4. Legitimidade ativa: a) Credor empresário; b) Credor com garantia real; c) Credor titular de crédito vincendo; d) Ministério Público. 5. Legitimidade passiva: a) Empresário emancipado; b) Proibidos

do exercício de atividade empresarial; c) Empresário rural; d) Sócios com responsabilidade ilimitada. 6. Efeitos da falência: suspensão das ações e execuções individuais contra o falido e contra o sócio solidário. 7. Sociedades de economia mista. 8. Interditos e incapazes. 9. Natureza jurídica da recuperação. 10. Direito Intertemporal. 11. Conclusão.

Lei nº 11.441, de 4.01.07: Inventário, Partilha, Separação e Divórcio Consensuais

Advogado

1. Desopressão do judiciário. 2. Inventário e partilha de capazes e concordes por escritura pública. 2.1. Capacidade civil e concordância. 2.2. Legitimidade da companhia em união estável. 2.3 Constituição de título hábil perante o registro de imóveis. 2.4. Obrigatória assistência das partes por advogado. 2.5. Responsabilidade civil do notário. 3. Prazo para início e fim do inventário judicial. 3.1. Homologação da partilha amigável. 4. Separação e divórcio consensuais por escritura pública. 4.1. Constituição de título hábil. 4.2. Obrigatória assistência dos cônjuges por advogado. 4.3. Gratuidade da escritura e atos notariais. 5. Direito Intertemporal.

247

A Distribuição do Ônus da Prova na Perspectiva dos Direitos Fundamentais

Robson Renault Godinho

Professor da EMERJ e Promotor de Justiça do Rio de Janeiro.

1. Introdução. 2. Ônus da prova: generalidades. 3. Os ônus da prova como uma questão constitucional: prova e acesso à justiça. 4. A inversão judicial genérica do ônus da prova. 5. A teoria dinâmica do ônus da prova. 6. Considerações finais.

263

Direito à Privacidade e Liberdade de Expressão 285

Celso Felício Panza

Juiz de Direito (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro.

A censura e por quem é praticada. O Direito à Privacidade, que não importa impedir o direito de qualquer cidadão de exigir do Estado seja dirimido qualquer conflito ou lesão do direito (art. 5º, inc. XXXV, da CF). O ser humano, princípio e fim de todos os direitos. Daí se considerar a "personalidade como um microcosmo de três espécies de fatos ou de fenômenos, biológicos, psíquicos e sociais, que correspondem à evolução filogenética do homem-espécie, à evolução sociogenética do homem-sociedade e, terceira e última, a evolução ontogenética do homem".

Colaboraram neste Número

- Alberto Republicano de Macedo Júnior, 135
Alexandre Guimarães Gavião Pinto, 169
Bruno Gaspar de Oliveira Corrêa, 156
Camila Prado, 138
Carlos Eduardo da Fonseca Passos, 129
Celso Felício Panza, 285
Guilherme Bollorini Pereira, 180
Ivaldo C. de Souza, 210
Leonardo Vizeu Figueiredo, 141
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, 115
Marcelo Daltro Leite, 189
Maria Berenice Dias, 160
Mônica Gusmão, 222
Rénan Kfuri Lopes, 247
Ricardo Pereira Lira, 17
Robson Renault Godinho, 263
Rodrigo Brandão, 79
Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, 53
Tânia da Silva Pereira, 67



A Questão Urbano-Ambiental*

Ricardo Pereira Lira

Professor Emérito da UERJ

1. A análise dos aspectos primordiais da questão urbano-ambiental impõe algumas reflexões sobre a histórica ocupação irregular e iníqua do espaço urbano, enfocando os problemas de sempre - velhos, revalhos e novos - e abordando as tentativas de soluções, sob a perspectiva dos Direitos Reais.

2. Antes de fazê-lo, gostaríamos de deixar clara a distinção da estrutura mental do ser humano da Cidade, de um lado, e do ser humano rural, do outro lado.

do conhecimento de todos que os agregados populacionais urbanos, em nosso País, embora sem se elevar no mesmo gradiente que se verificava há alguns anos atrás, ainda cresce significativamente, apresentando marcada densidade, caracterizados pela concentração em espaços muitas vezes limitados.

Temos hoje, no Brasil, uma população total de cerca de 180 milhões de habitantes, sendo que mais de 80% vivem nos centros urbanos.

2.1 De todos conhecidas as experiências realizadas na Universidade de Wisconsin, por John Emlen e seus alunos, com camundongos. Mantiveram-se inúmeros deles em determinado espaço, com a emigração impedida e abundante fornecimento de alimentos.

À medida que a população aumentava, diminuía evidentemente o espaço possível para cada camundongo nos nichos disponíveis, de forma que, rapidamente, as colônias se tornaram superpovoadas.

* Palestra proferida no Seminário "Estatuto da Cidade", realizado na EMERJ, em 12.01.2007.

Conseqüentemente, a caça, as lutas e o canibalismo aumentaram drasticamente, deixando as fêmeas de cuidar de seus ninhos e filhotes.

Quando isso aconteceu, a taxa de mortalidade entre os filhotes alcançou 100%, embora a taxa de nascimento permanecesse alta. Um incremento sensível na taxa de mortalidade, como decorrências das lutas e do canibalismo, manteve o equilíbrio da população (*in* "Biologia", Parte II, texto organizado pelo **Biological Sciences Curriculum Study**, impresso no Brasil em 1967, Edart São Paulo Livraria Editora Ltda., p. 328/329)

A influência adversa do fenômeno da metropolização, ou da megalopolização, sobre a vida mental dos indivíduos, foi, magistralmente, estudada por Georg Simmel, em **The Metropolis and Mental Life**, publicado pela primeira vez em 1902.

Respiquem-se algumas constatações do eminente teórico da sociologia formal:

" Com cada atravessar de rua, com o ritmo e a multiplicidade da vida econômica, ocupacional e social, a cidade faz um contraste profundo com a vida de cidade pequena e a vida rural no que se refere aos fundamentos sensoriais da vida psíquica.

*A metrópole extrai do homem, enquanto criatura que procede a discriminações, uma quantidade de consciência diferente do que a vida rural extrai. Nesta, o ritmo de vida e do conjunto sensorial de imagens flui mais lentamente, de modo mais habitual e mais uniforme. É precisamente nesta conexão que o caráter sofisticado da vida psíquica metropolitana se torna compreensível - enquanto oposição à vida da pequena cidade, que descansa mais sobre relacionamentos profundamente sentidos e emocionais" (apud **O Fenômeno Urbano**, ed. Zahar, 1979, p. 12).*

Prossegue Simmel:

"Assim o tipo metropolitano de homem - que naturalmente existe em mil variantes individuais - desenvolve um órgão que

o protege das correntes e discrepâncias ameaçadoras de sua ambientação externa, as quais, do contrário, o desenraizariam. Ele reage com a cabeça, ao invés de reagir com o coração".

.....
"A metrópole sempre foi a sede da economia monetária. Nela, a multiplicidade e concentração da troca econômica dão uma importância aos meios de troca que a fragilidade do comércio rural não teria permitido."

.....
"A economia monetária e o domínio do intelecto estão intrinsecamente vinculados".

.....
"O dinheiro se refere ao que é comum a tudo: ele (o homem urbano) pergunta pelo valor de troca, reduz toda qualidade e individualidade à questão: quanto?";

.....
"...trabalha-se com o homem como um número, como um elemento que é em si mesmo indiferente. Apenas a realização objetiva, mensurável, é de interesse";

.....
"Os relacionamentos e afazeres do homem metropolitano típico são habitualmente tão variados e complexos, que, sem a mais estrita pontualidade nos compromissos e serviços, toda a estrutura se romperia e cairia num caos inextricável";

.....
"...a técnica da vida metropolitana é inimaginável sem a mais pontual integração de todas as atividades e relações mútuas em um calendário estável e impessoal";

.....
" Os mesmos fatores que assim redundaram na exatidão e precisão minuciosa da forma da vida redundaram também em uma estrutura da mais alta impessoalidade, por outro lado promoveram uma subjetividade altamente pessoal";

.....
"É um fato decisivo que a vida da cidade transformou a luta entre os homens pelo lucro, que aqui não é conferido pela na-

tureza, mas pelos outros homens". Há uma "brevidade e escassez dos contatos inter-humanos conferidos ao homem metropolitano, em comparação com o intercâmbio social na pequena cidade".

A tenuidade das relações intersubjetivas na grande metrópole é perceptível a uma primeira inspeção.

Como anotava Louis Wirth, no seu "Urbanismo como Modo de Vida", in **O Fenômeno Urbano**, ed. Zahar, 1979, p. 96, "os traços característicos de modo da vida urbana têm sido descritos sociologicamente como consistindo na substituição de contatos primários por secundários, no enfraquecimento dos laços do parentesco e declínio de significado social da família e na corrosão da base tradicional da solidariedade social".

Lúcio Kowarick, no seu valioso livro **Espoliação Urbana**, Ed. Paz e Terra, 1979, p. 30, há *quá*si quarenta anos, referindo especificamente à Cidade de São Paulo, assinalava que "...o vertiginoso crescimento demográfico da região, que entre 1960/70 foi de 5,5% ao ano, conjugado ao processo de retenção dos terrenos à espera de valorização, levou ao surgimento de bairros cada vez mais distantes. Amontoam-se populações em áreas longínquas, afastadas dos locais de trabalho, impondo-se distâncias de deslocamento cada vez maiores. Acentua-se o processo de criação de cidades-dormitórios, verdadeiros acampamentos desprovidos de infra-estrutura".

Continua o sociólogo, sempre aludindo a São Paulo:

"Em 1968 havia 7 milhões de deslocamentos diários, cifra que em 1974 passa para 13,9 milhões. Contudo, o importante a ressaltar é a modalidade como se efetuam estes percursos diários. De um lado, sob a forma de transporte individual: são os grupos abastados, possuidores de automóveis, cuja média de ocupação é de 1,2 pessoa por veículo. Do outro, o transporte de massa, através de ônibus que transportam 6,8 milhões de passageiros, carregando nos momentos de maior afluência cerca de 130 passageiros por veículo, o dobro da lotação máxima

prevista. O transporte ferroviário de subúrbio conduz 900.000 passageiros por dia: é o cotidiano dos 'pingentes', ou seja 700 usuários que duas vezes ao dia abarrotam uma composição que não deveria receber mais que 300 passageiros" (ob. cit. p.35).

"A exasperação oriunda do congestionamento, buzinas, falta de estacionamento, tensão decorrente do atropelo do tráfego e até a dificuldade de cobrir distâncias crescentes afetam as pessoas que se locomovem em seus automóveis", afirma Lúcio Kowarick.

Impressionantes as observações do mesmo Lúcio Kowarick e Clara Ant, no estudo "Violência: Reflexões sobre a Banalidade do Cotidiano em São Paulo" (*in Violência e Cidade - Debates urbanos 2*, ed. Zahar, 1981), anotando o fenômeno da rotinização do medo como elemento do cotidiano da metrópole, alastrando profunda insegurança, na medida em que os indivíduos se sentem desprovidos de meios para controlar aspectos essenciais de sua sobrevivência: "71% das pessoas entrevistadas numa pesquisa realizada em São Paulo, durante o ano de 1978, declararam que tinham medo de serem assaltadas, proporção que era de 60% em 1975 (Índice Gallup de Opinião Pública, ano IV, nº 76, de 16 a 30 de junho de 1978, p.11). Mas não só de ladrões a população tem medo; teme também avisar à Polícia, pois 62% das pessoas assaltadas não o fizeram. (Índice cit. p.4), o que se torna ainda mais contundente quando se tem em conta que 61% do total dos paulistanos entrevistados temiam ser presos (Índice Gallup de Opinião Pública, ano IV, nº 79, 1º a 15 de setembro de 1978, p. 10). Ademais, cerca da metade dos paulistanos considera que socorrer alguém acidentado na rua costuma trazer problemas, enquanto 59% responderam ter medo de serem atropelados, e somente um terço não tem receio de sair de casa à noite (Índice Gallup nº 76, p.11 e 12). Além disso, 65% dos habitantes de São Paulo têm medo de dar carona e 32% de pedi-la.; 37% de falar com estranhos na rua, inclusive com a Polícia. (12%). O medo aparece também na eventualidade da rutura das relações primárias, pois cerca de sete sobre dez entrevistados declararam sentir temor quanto a uma separação definitiva da família (Índice Gallup,

cit, ano I, nº 9, p. 4... A intensidade do medo certamente é diferente em razão das diversas situações apontadas, mas, não obstante tal fato, o fenômeno revela uma flagrante percepção de ameaça que acompanha o indivíduo na vida diária: ficar sozinho, andar na rua, falar com estranhos, ajudar pessoas machucadas, afastar-se de pessoas íntimas....assim, nas mais variadas circunstâncias, a Cidade é percebida como fonte de perigo. Já não se trata, portanto, deste ou daquele temor, mas de uma sensação fortemente internalizada que passou a ser inerente à vida cotidiana”.

Sublinha-se, ainda, nesse estudo, que 45% das pessoas dizem ter medo de perder o emprego; cerca de 70% de ficar sem poder trabalhar, e igual contingente teme não possuir recursos monetários na eventualidade de doenças. 38% de um universo de três mil residentes na Grande São Paulo declararam capazes de matar, 27% de provocar um acidente propositadamente, 23% já pensaram em suicidar-se, e a não desprezível proporção de 4% disse que participaria de linchamentos.

É evidente que se, no final dos anos 70, os números na Cidade de São Paulo eram esses, hoje, no ano de 2006, os dados são muito mais preocupantes. Diga-se que a situação é basicamente a mesma na Cidade do Rio de Janeiro, e nos demais grande centros do país.

2.2 Tudo isso se deve à estrutura mental específica do homem da Cidade, como fator endógeno, e ao inchaço dos centros urbanos e à maneira irregular e iníqua como se processa o assentamento nos espaços urbanos, como fatores exógenos.

AINDA A QUESTÃO URBANO-AMBIENTAL

Nos países subdesenvolvidos, e nos países em desenvolvimento como o nosso, a ocupação do espaço urbano se faz marcada pelo déficit habitacional, pela deficiência de qualidade dos serviços de infra-estrutura, pela ocupação predatória do meio ambiente em áreas inadequadas, pelos serviços de transporte deficientes, estressantes poluentes, pela agressão frontal ao meio ambiente natural e ao meio ambiente construído, pela deslegitimação da autoridade pública fo-

mentando um sentimento generalizado de impunidade - sobretudo nas classes abastadas, como o demonstra episódio ocorrido há algum tempo em Brasília, quando jovens da alta classe média atearam fogo em um índio pataxó que dormia na via pública - e determinando em inúmeros centros urbanos o aparecimento de um estado paralelo penetrado pelo crime organizado, com espantoso poder de fogo, freqüentemente impondo-se à comunidade e ao próprio Estado formal. Esse "estado paralelo", pelo menos no seu braço visível, se instala nas favelas, nos cortiços, nas periferias, tornando-se cada vez mais problemática a sua dominação e conseqüente extinção pela infiltração que logra nos segmentos do mundo oficial, sendo muitas vezes difícil, senão impossível, distinguir entre o agente oficial e o bandido, tamanha a imbricação entre eles existente.

Até mesmo nos países desenvolvidos, esses problemas existem. Basta recordar a qualidade de vida no Bronx, um dos cinco bairros que constituem a Grande Nova York, ou registrar a presença dos "homeless" londrinos. Ainda há poucos dias, a pretensa maior nação democrática do mundo - os Estados Unidos da América do Norte - deram demonstração de profunda tibieza com que tratam as questões urbano-ambientais, quando pecaram por uma lenta e inexplicável demora na assistência à população, sobretudo negra, de New Orleans, tragada e vitimada pelo furacão Katrina.

Sobretudo naqueles países inicialmente mencionados, importa considerar que preleva não só o aspecto quantitativo, sendo relevante o dado qualitativo na ocupação do espaço urbano.

Podem ser respigadas as seguintes causas determinantes do adensamento demográfico e da forma irregular e iníqua com que se processa o assentamento, sobretudo da população carente, no espaço urbano:

- a par do incremento vegetativo, que em alguns países, inclusive o nosso, não se vem elevando na mesma intensidade que outrora, ocorre um significativo aumento da população urbana, como conseqüência da industrialização;
- a inexistência de uma política habitacional, que enfrente a questão urbana de maneira planejada e consistente;
- o assentamento urbano não somente é desordenado, mas iníquo, efetivado sob o domínio da chamada "segregação

residencial", por força do qual as populações carentes e de baixa renda são ejetadas para a periferia do espaço urbano, onde vivem em condições dilacerantes, agravadas pela ausência de uma política de transporte de massa, recebendo as áreas de assentamento da população abastada e da classe média superior os maiores benefícios líquidos da ação do Estado;

- desenvolve atividade especulativa, em que os donos de extensas áreas urbanas, valendo-se do atributo da perpetuidade do direito de propriedade (por força do qual o não-uso é forma de exercício do domínio), criam um verdadeiro banco de terras em mãos particulares, entesourando lotes e glebas, enquanto aguardam o momento de locupletar-se, através da venda das áreas estocadas, com as mais-valias resultantes dos investimentos de toda a comunidade nos equipamentos urbanos e comunitários, financiados com os impostos pagos por todos nós.

Os fatos acima arrolados tornam evidente a indeclinável necessidade de uma política urbanística e ambiental que ordene a utilização do solo urbano, à base da qual se identifique uma concepção renovada e democrática do direito de propriedade.

Dois princípios básicos lastreiam a visão de um direito urbanístico contemporâneo, suficientemente aparelhado para ensejar assentamentos urbanos mais justos e racionais nas grandes e médias cidades.

O primeiro deles flui da consideração de que a propriedade não é sempre a mesma, uniforme e inalterável, em qualquer circunstância. Seu contorno, sua senhoria, a extensão de suas faculdades ou direitos elementares, ficam na dependência da natureza do bem que lhe serve de objeto. Se o domínio se pratica sobre um bem de produção, um bem de capital (um bem idôneo a gerar outro bem, como a terra, por exemplo), a propriedade ostenta um determinado perfil, com o exercício das faculdades de usar, gozar e dispor mais intensamente limitado, em nome do interesse social, diversamente do que acontece com um bem de uso ou um bem de consumo¹.

¹ Vide em *La Proprietà nel Nuovo Diritto*, de Pugliatti, Salvatore, ed. Milano Dott. Giuffrè Editore, 1964, o capítulo "La Proprietà e le Proprietà".

O segundo princípio se vitaliza na consciência que se precisa ter de que a edificação, a utilização do solo urbano com qualquer finalidade, enfim, a configuração e a magnitude de uma cidade, não podem ser realizações privadas, ocoríveis ao sabor da conveniência do dono do lote ou da gleba urbana. Esses fatos são realizações públicas, fatos coletivos por excelência, devendo ser sempre vistos através do prisma da qualidade de vida não apenas individual, mas predominantemente da comunidade. Daí decorre que, a rigor, o direito de construir não deveria ser uma manifestação ínsita no direito de propriedade. Deixar o acontecimento de fato urbanístico de tanta relevância ao nudo da deliberação livre dos donos do solo urbano, apenas com o exercício condicionado por uma licença, não conduz a nenhum urbanismo positivo, mas leva, isso sim, à viabilização do caos, à anarquia, à face terrível que exibem, contemporaneamente as grandes cidades, as megacidades, as metrópoles e as megalópoles.

Alguns ordenamentos jurídicos, mais enérgicos na sua postura, chegam a retirar o direito de construir do conteúdo do domínio, chegam a não incluí-lo como um direito elementar integrante da senhoria, para qualificá-lo como uma concessão outorgada pela Municipalidade, exogenamente, de fora para dentro, e não como uma licença por ela outorgada endogenamente, correspondendo à concreção de um direito preexistente na senhoria. No regime de licença, como é o nosso, a autoridade administrativa, com o seu ato, declara um direito preexistente de construir, desde que atendidos os requisitos contemplados em lei. No regime de concessão, a autoridade, com seu provimento, cria, constitui em favor do proprietário o direito de construir, já que a edificabilidade não está *ab origine* no direito de propriedade. A decisão administrativa, neste caso, é constitutiva, e, na outra hipótese, é declaratória. Exemplo de regime de concessão é o contemplado na Lei Italiana nº 10, de 28 de janeiro de 1977, que parte do pressuposto de que o estado natural do solo é agrícola.

No caso de formações sociais em que a nação se organiza politicamente por cartas constitucionais rígidas, em que é enunciado e salvaguardado enfaticamente o direito de propriedade como

um direito individual, cujo conteúdo é historicamente delineado, sem possibilidade de reformulação desse conteúdo por lei ordinária, será de constitucionalidade duvidosa a adoção do regime de concessão do direito de construir, por isso que a edificabilidade seria da essência do domínio. Ainda assim, se, embora rígida, a Constituição, em normas específicas sobre política urbana, abre oportunidade para uma intervenção mais significativa na senhoria da propriedade, novas soluções poderão ser buscadas por meio de instrumentos jurídicos mais enérgicos e eficazes. Essa foi a razão que levou, entre nós, juristas, planejadores urbanos, urbanistas a reclamar pressurosamente que fosse editada uma lei federal que, com supedâneo constitucional, instituísse as diretrizes para o desenvolvimento urbano, formatando a propriedade urbana com um perfil mais moderno e democrático.

Depois de demorada tramitação, veio a ser editada a Lei Federal nº 10.257, de 10.07.2001, dispondo sobre os artigos 182/183 da Constituição Federal de 1988, que se autodenominou Estatuto da Cidade.

Pouco mais adiante faremos referência ao Estatuto da Cidade com detença maior.

O que importa considerar, no momento, é que o Direito, contemporaneamente, não é apenas um singelo instrumento de composição de conflitos intersubjetivos, mas sim um significativo e relevante instrumento de transformação social.

Esse fenômeno tem determinado algumas mutações no conjunto do ordenamento jurídico, e uma dessas modificações é exatamente a nova configuração com que se apresenta o Direito Urbanístico, segmento da ciência e da técnica jurídicas, que hoje se apresenta indiscutivelmente com foros de autonomia, desvincilhando-se das amarras que o prendiam ao Direito Administrativo.

DIREITO URBANÍSTICO

E o Direito Urbanístico, quando bem considerado e devidamente aplicado, pode trazer soluções aos inúmeros e graves problemas deduzidos na abertura desta exposição.

O Direito Urbanístico é o conjunto de normas destinadas a dispor sobre a ordenação da Cidade, sobre a ocupação do espaço

urbano de maneira justa e regular, procurando as condições melhores de edificação, habitação, trabalho, circulação e lazer.

Tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade.

Sérgio de Andréa Ferreira, em estudo em que sustenta a autonomia do Direito Urbanístico, como um ramo do Direito Social, apartado do Direito Civil e do Direito Administrativo, define-o como "a disciplina jurídica do urbanismo e da atividade urbanística, que objetivam a adaptação e a organização do espaço natural, fazendo-o fruível por uma comunidade cidadina, no desenvolvimento das funções elementares da habitação, do trabalho, da recreação, da saúde, da segurança, da circulação e outras"².

A autonomia do Direito Urbanístico deita suas raízes no próprio Direito Constitucional.

O art. 24, I, da Constituição de 1988, ao definir a competência da União, dos Estados, e do Distrito Federal, alude à ocorrência dessa competência em matéria de Direito Urbanístico.

No art. 21, a mesma Constituição, definindo a competência da União Federal, no inciso XX, afirma que compete à União Federal instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, o que pressupõe autonomia do Município para, no âmbito dessas diretrizes, no interesse local, baixar as suas próprias normas. Aliás, ao configurar a competência municipal, a Constituição estabelece que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), como são evidentemente os temas ligados à organização concreta dos espaços das Cidades e dos Municípios.

Nesse mesmo art. 30, inciso VIII, preceitua a Constituição que cabe aos Municípios promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do planejamento e da ocupação do solo urbano.

No capítulo específico, relativo à Política Urbana (arts 182/183 da Constituição), está desenhada toda a autonomia do Direito

² Sérgio de Andréa Ferreira, "O Direito Urbanístico como ramo do Direito Social e suas Relações com os Direitos Civil e Administrativo", in *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano XIX, nº 24, R.J., 2º semestre 2003, ed. Renovar, p. 40).

Urbanístico, onde se diz que será no Plano Diretor que as cidades com mais de 20.000 mil habitantes traçarão, em função de suas peculiaridades, a função social da propriedade que lhes interessa e lhes seja mais própria.

Nesse capítulo há peculiaridades que afastam o Direito Urbanístico das regras clássicas do Direito Civil, como quando, em determinadas circunstâncias, produz a ablação da perpetuidade, como um dos atributos da propriedade, no instituto da edificação e parcelamento compulsórios, em que o não -uso da propriedade deixa de ser uma forma de praticá-la, ferindo, no coração, o grave pecado da especulação imobiliária.

O DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental também se apresenta hoje com razoável dose de autonomia, configurando um ramo do direito que tem toda uma tessitura jurídico-formal a discipliná-lo, bem como toda uma principiologia própria.

A Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981, configurou a Política Nacional do Meio Ambiente e foi regulamentada pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990. Esses dois diplomas legais consubstanciam um dos pilares básicos do Direito Ambiental, com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e a Lei Federal dos Crimes Ambientais, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

O Art. 225, da Constituição de 1988, estatui que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O Direito Ambiental tem princípios próprios, como, por exemplo, o princípio da precaução, utilizado quando não há certeza científica de que a atividade causará ou não dano. Enquanto que, no da prevenção, sabe-se que ocorrerá, quando da instalação do empreendimento ou execução da obra, mas é possível a utilização de instrumentos preventivos, com o estudo de

impacto ambiental, que precede o processo de licenciamento ambiental.³

Citem-se ainda os princípios do usuário-pagador e do poluidor-pagador. Para a preservação do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, foram concebidos instrumentos, através dos quais se efetiva o poder de polícia ambiental, como a avaliação de impactos ambientais, o licenciamento ambiental, a criação de espaços territoriais especialmente protegidos, assim como incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia limpa.

O que resulta claro, hoje, é a conexão entre os instrumentos de direito urbanístico e a questão ambiental.⁴

A Agenda 21, desenvolvida durante a Conferência da Nações Unidas para o Meio-Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), introduziu "um novo olhar sobre a cidade, associando a questão urbana à problemática ambiental, resumindo aquela à melhoria da qualidade de vida nos países pobres, através do enfrentamento da pobreza e da degradação ambiental e de intervenções públicas que possam melhorar as condições de vida nos assentamentos populares".

Na Agenda Habitat II, de seu turno, fruto da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada em Istambul, em 1996, os signatários estabeleceram metas universais de dar abrigo adequado a todos e tornar os assentamentos humanos mais seguros, saudáveis e habitáveis, mais igualitários, sustentáveis e produtivos. Seu ponto-chave é tratar os problemas ambientais urbanos segundo o enfoque da sustentabilidade, trazendo novos paradigmas ao discurso sobre política ambiental urbana: descentralização e fortalecimento do poder local, co-gestão ou parcerias com entidades sociais, participação da sociedade, sustentabilidade e qualidade ambiental e combate à pobreza e ao desemprego.

Como faz ver a jovem e eminente jurista Vanêsa Buzelato Prestes, "Grandes empreendimentos, *shoppings*, empreendimentos

³ Fontenelle, Miriam, Coord. **Temas de Direito Ambiental, Política Nacional de Meio Ambiente**, p. 11, Ed. Faculdade de Direito de Campos, Coleção José Patrocínio, v. VI.

⁴ **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico** nº 8, nov. 2006; Torres Marcos Abreu, **Estatuto da Cidade: Da Interface do Meio Ambiente**, p. 100/101, ed. Magister Editora, Porto Alegre.

habitacionais significativos, rodovias urbanas, loteamentos, condomínios fechados, atividades sujeitas a poluição sonora, poluição decorrente de ondas eletromagnéticas, destinação de águas servidas, equipamentos, à construções ou edificações que causam impacto visual significativo, são exemplos de questões urbanas que afetam à qualidade ambiental, motivo pelo qual precisam ser avaliados pelos Municípios".⁵

Daí a sensibilidade da lição autorizada de José Afonso da Silva, no seu clássico **Direito Ambiental Constitucional**, dizendo: "O conceito de meio-ambiente, há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como dos bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico. O meio-ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas".⁶

A FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E INSTITUIÇÕES

A funcionalização de institutos e instituições vem-se constituindo em candente desafio para a modernidade e para a contemporaneidade.

Essa funcionalização deita suas raízes na noção básica de que os sujeitos das situações jurídicas dispõem das prerrogativas delas decorrentes não exclusivamente em benefício próprio, mas devem exercê-las tendo em consideração os interesses sociais. Isso ocorre não apenas com certos institutos, mas também com determinadas instituições.

Falamos em modernidade porque exatamente desde os tempos modernos que se pensa na propriedade e na sua função social. Essa é uma noção e uma realidade que já estavam em Duguit, eminente jurista francês, na sua clássica obra **Les Transformations**

⁵ Prestes Vanêsa Buzelato, *in* **Temas de Direito Ambiental**, Título I, "Construindo Pontes entre Urbanismo e Meio-Ambiente", Ed. Fórum, 2006, Belo Horizonte, p. 21.

⁶ Silva, José Afonso da, **Direito Ambiental Constitucional**, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 6.

Générales du Droit Privé (depuis le Code Napoléon), ed. 1920, Paris, Librairie Félix Alcan, já estava na Constituição Mexicana de 1917, bem como na Constituição de Weimar de 1919, que, em seu artigo 153, estipulava que a propriedade obriga o seu titular e seu uso deve estar a serviço do bem comum.

Começava nitidamente a desvanecer aquela postura individualista, segundo a qual cada titular da propriedade de um bem tem o direito de usar, dele gozar e dispor livremente, e que, por conseguinte, é seu tudo o que legitimamente adquiriu, sem outros limites que não os da moral ou dos direitos alheios, considerados esses apenas em seu sentido negativo, isto é, no sentido de que o proprietário deve abster-se de, pelo exercício de seu direito, causar danos a outrem. Não se tinha a noção de que o proprietário tem deveres, e, portanto, obrigações positivas de comportamento com o grupo social.

É interessante observar que, ciclicamente, momentos há na história da humanidade em que, episodicamente, o proprietário sofreu limitações profundas, na dependência das imposições sociais.

A **Lex Licínia Sexta**, de 367 a.C., por exemplo, autêntica lei agrária, interditava os cidadãos romanos de terem mais de 120 hectares de terra, não permitindo nas pastagens públicas mais de 100 cabeças de gado por proprietário e obrigava que eles utilizassem mão-de-obra livre em proporção ao número de escravos que possuíssem. O objetivo desta lei romana, além de ser o da limitação do tamanho das propriedades, era sobretudo o de incrementar o uso da mão-de-obra, para enfrentar o grave problema do desemprego que, na época, existia em Roma.

A funcionalização da propriedade, assim, não constitui nenhuma novidade, voltando a despontar mais vivamente na primeiras décadas do século XX. Retomaremos esse fenômeno, já então mais voltados para a realidade de nosso país.

Dizíamos que a função social da propriedade, ressaltados momentos específicos da história antiga, é um dado da modernidade. E, contemporaneamente, ela se apresenta como função social da propriedade urbanística, e função social da propriedade agrária, até mesmo como categorias imbricadas em uma função social da Cidade. Isso porque, o Município abrange o urbano e o rural, tanto assim

que o Art. 40, § 2º, do Estatuto da Cidade estabelece que o Plano Diretor deverá englobar o território do Município como um todo, alcançando, por consequência, a área urbana e a área rural, onde ela exista. Já a funcionalização de outros institutos, como a função social da posse, a função social dos contratos, e, no que toca às instituições, a função social da empresa e a função social da cidade, são problemas que desafiam a contemporaneidade.

Em alguns casos, a posse hoje se protege *per se*, autonomamente, como simples exercício fático dos direitos elementares do domínio, e não como simples salvaguarda dele. A vontade nos contratos já não é soberana, havendo determinadas circunstâncias, nas relações de consumo, em que o *pacta sunt servanda* é deixado de lado e o consumidor pode dentro de um prazo de carência desconstituir plenamente o contrato, como se ele jamais tivesse existido. O empresário não está à solta, à busca de lucros cada vez maiores, tendo deveres indeclináveis com a força de trabalho, que igualmente impulsiona a empresa. A Cidade, em nosso ordenamento, está atualmente protegida em patamar constitucional, e a ela têm direito todos os que nela habitam, sejam proprietários ou não.

Estamos diante de um fenômeno relevante, que é o da funcionalização dos institutos e instituições, destacando-se, dentre eles, no momento, a função social da propriedade que nos interessa nessa oportunidade de maneira especial.

Voltemos a ela, por conseguinte.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Imperial de nosso país, de 1824, no seu art. 179, § 1º, garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude. No mesmo diapasão a primeira Constituição Republicana de 1891. A Carta de 1934, embora não utilizasse o *nomen iuris* função social da propriedade, estabelecia, em seu art. 113, nº 17, que o direito de propriedade, embora garantido, não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei viesse a determinar.

Passemos pela Constituição outorgada de 1937, para chegarmos à Constituição de 1946, onde, embora também não se utilizasse o *nomen iuris* função social da posse, se dizia que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social.

O art. 157, III, da Constituição da República do Brasil de 1967, pela primeira vez no ordenamento constitucional, se valeu das mencionadas expressões. Preceituou que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos princípios que enumerou, entre eles o da função social da propriedade. O mesmo fez a Emenda Constitucional outorgada de 1969, art. 160.

Com a redemocratização do país, sobreveio a Constituição de 1988, toda penetrada pelo princípio da função social da propriedade (art. 5º XXIII, art. 170, III, art. 182, § 2º, e art. 186).

É evidente que qualquer propriedade, seja qual for o seu objeto - bens de uso, consumo ou de capital - deverá atender à sua função social.

Imagine-se uma situação conflitiva em que esteja envolvido o país, havendo a necessidade de racionamento de determinados itens de consumo. É evidente que, em tal situação, bens de uso e de consumo poderão sofrer limitações de utilização, em nome da função social.

A Constituição de 1988 houve por bem explicitar os contornos da função social da propriedade imóvel urbana e da propriedade rural. Quanto à primeira, no art. 182, § 2º, determinou que a propriedade urbana cumpre a sua função social, quando atende às exigências do plano diretor, obrigatório para as cidades de mais de 20 mil habitantes. Isso não quer dizer que nas cidades onde não seja obrigatório o plano diretor a propriedade não deva obedecer à sua função social. Esse é um princípio geral, a ser geralmente atendido. Apenas as autoridades locais não poderão aplicar institutos que, para serem utilizados, deverão estar previstos no plano diretor, como, por exemplo, a edificação compulsória ou o direito de preempção.

No tocante à propriedade rural, o art. 186 da Constituição de 1988 estatui que a função social é cumprida quando atende, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O Estatuto da Cidade, promulgado em 2001, e o Código Civil de 2002 estão igualmente pervasados pelo princípio da função social da propriedade que, aliás, é um instrumento indescartável na construção da cidadania múltipla, assentada no respeito à dignidade humana, na erradicação da miséria e na eliminação das desigualdades sociais.

A função social da propriedade está presente também no Código Civil de 2002. Observe-se o artigo 1228, § 1º, onde, embora não seja utilizado o *nomen iuris* função social da propriedade, ali está desenganadamente insculpida a dita funcionalização, nos seguintes termos:

"Art.1228....."

§1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e 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 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A posse é o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1196, do Código Civil).

Tradicionalmente ela sempre foi considerada em sua ligação com a propriedade, sendo até mesmo tida como bastião de defesa do domínio. Quando se defende a posse, direta ou indireta, interditalmente está se protegendo a propriedade.

Atualmente se configura um tratamento autônomo da posse, em que ela é utilizada como a meta final da prática de um determinado instrumento jurídico.

Isso acontece, por exemplo, com a concessão do direito real de uso, criada pelo art. 7º, do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, que estabelece:

"Art. 7º. É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou

indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

§ 1º A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4º A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisa alheia, registrando-se a transferência."

É de ver que, através desse instituto, o concessionário recebe autonomamente a posse, e tão-somente a posse, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

É a posse marcada pela sua função social, para a concretização daquelas finalidades qualificadas.

Outro caso significativo de proteção da função social da posse prevalecente sobre uma propriedade desfuncionalizada é o dos §§ 4º e 5º, do já citado artigo 1.228, do Código Civil.

Ali se preceitua que o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (§ 4º, do art. 1.228).

Neste caso, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Trata-se de uma desapropriação decretada pelo Poder Judiciário, e que tem os seguintes pressupostos para sua aplicação:

- uma ação de reivindicação proposta pelo proprietário relativamente a determinado imóvel;

- que, nesse imóvel, um considerável número de pessoas, com posse de boa-fé e de mais de (5)cinco anos, tenha realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante;

- alegados e provados pela parte ré os pressupostos acima, o juiz, no bojo da própria reivindicatória, realizará perícia para arbitramento da justa indenização, designando data para o depósito do respectivo valor;

- não sendo depositado o valor, o juiz julgará procedente a reivindicatória, determinando a remoção das pessoas ocupantes do imóvel;

- não se trata de usucapião, pois há a previsão de indenização a ser paga ao proprietário privado do imóvel;

- os dispositivos não cuidam de beneficiar ocupantes carentes, mas ocupantes que estejam no exercício de uma posse com os requisitos indicados no texto;

- a indenização é de ser paga pelo considerável número de pessoas a que se refere a norma, e não pelo Poder Público, como pensam alguns.

A função social da propriedade e da posse pervagam também inúmeros dispositivos do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10/07/2001), como se verá adiante.

O ESTATUTO DA CIDADE

O Estatuto da Cidade acima aludido, que integra decidida e relevantemente o Direito Urbanístico, contém importantes instrumentos urbanísticos como o plano diretor, o direito de superfície, a

concessão do direito real de uso, a edificação e o parcelamento compulsórios, o direito de preempção, a urbanização consorciada, o imposto predial progressivo, a outorga onerosa do direito de construir (solo criado), o usucapião especial urbano, a concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001), a transferência do direito de construir, o estudo do impacto de vizinhança, a gestão democrática da cidade e, finalmente, o consórcio imobiliário. Guarda, contudo, o Estatuto da Cidade uma interface com o Meio Ambiente. Depreende-se isso de várias de suas diretrizes, enunciadas no seu artigo 2º, como, por exemplo:

"I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações:

.....;
IV- planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano E SEUS EFEITOS NEGATIVOS SOBRE O MEIO AMBIENTE;

.....
VI - ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
.....
g) a poluição e a degradação ambiental."

Esse diploma legal está profundamente penetrado pela função social da propriedade, e vários de seus institutos guardam uma interface evidente com o meio ambiente, sendo fundamental a consideração desses pontos para a efetividade da implementação dele.

O Estatuto da Cidade é, hoje, um dos pilares fundamentais do direito urbano-ambiental.

Vejam-se alguns desses instrumentos que podem ser alvitrados, quando se pense na necessidade de racionalizar os assentamentos urbanos nas cidades, com especial atenção no meio ambiente.

O primeiro deles é o Plano Diretor. Vale observar, como antessuposto de tudo o que se dirá adiante, que a ocupação do espaço urbano não se pode fazer aleatoriamente, impondo-se, como inafastável, a formulação de um plano diretor, consubstanciando um planejamento essencial à apropriação equilibrada do dito espaço, sem exclusões e segregações sociais, buscando boa qualidade de vida, editado em nível legislativo assecutoratório de sua não-modificação por influência de interesses subalternos ou conjunturais.

No concernente aos instrumentos jurídicos a serem cogitados em uma política de ocupação razoável e justa do espaço urbano, podem ser enumerados os seguintes, sem pretensão de exaurir o respectivo rol: *direito de superfície, concessão do direito real de uso, edificação e parcelamento compulsórios, direito de preempção, operação interligada, urbanização consorciada, imposto progressivo sobre a propriedade urbana, o solo criado e o usucapião especial urbano.*

A forma mais direta de definir o direito de superfície será partindo do fenômeno da acessão, que deita suas raízes no direito romano.

Por força do princípio da acessão, tudo aquilo que acede permanentemente ao solo passa a ser da propriedade do dono do solo, por mais valioso que seja o incremento.

Existindo em determinado ordenamento o direito de superfície, duas pessoas podem convencionar entre si que a primeira (concessionária) possa construir sobre o terreno de propriedade da segunda (concedente), de tal forma que a edificação seja do domínio daquela e o lote permaneça no domínio desta. Os sistemas poderão estabelecer que a pactuação seja perpétua ou provisória. No caso da superfície perpétua, haverá uma interrupção dos efeitos da acessão. No caso da superfície temporária, haverá uma suspensão dos efeitos da acessão.

Com o direito de superfície - e esse é um sonho acalentado pelos arquitetos - é possível separar negocialmente o direito de construir do direito de propriedade do solo, pois quem constrói é o concessionário, e não o dono do lote (concedente). Concretizada a concessão de edificar, identificam-se duas propriedades: a propriedade

do terreno, que continua sendo do concedente; a propriedade da construção (propriedade superficiária), de que é titular o concessionário-superficiário. O instrumento é valioso, por isso que amplia o leque de possibilidades de utilização da propriedade imóvel, com as galas de um direito real. Imagine-se que o proprietário de um determinado terreno, pela aplicação do instituto da edificação compulsória e pela lei de uso do solo vigente, tenha a obrigação de construir no aludido terreno, mas não disponha de recursos ou não tenha interesse em fazê-lo. O resultado urbanístico poderá ser obtido pela concessão do direito de superfície do terreno a um terceiro, que se interesse pela construção naquele local, permanecendo com a propriedade da edificação durante o prazo assinado no contrato superficiário, findo o qual a propriedade construída ingressa no patrimônio do dono do terreno, com ou sem indenização, dependendo das cláusulas contratuais.

Sistemas há que admitem a concessão da superfície no subsolo, de que é exemplo o Código Civil italiano. O nosso Estatuto da Cidade contempla essa figura no seu artigo 21, § 1º, estipulando que o direito de superfície, abrange o direito de utilizar o solo, o *subsolo* ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística. Quando assim seja, a municipalidade, titular de uma gleba, poderá dar em superfície a uma empresa a área sobrejacente para a construção de um hospital de grande porte, a ser explorado pela concessionária, por exemplo, pelo prazo de 99 anos, findo o qual o complexo hospitalar ingressará gratuitamente no patrimônio da municipalidade. Na mesma gleba, a municipalidade poderá conceder o subsolo em superfície, para implantação de uma imensa área de estacionamento, a ser utilizada remuneradamente pelos usuários do hospital.

Vale mencionar que o Código Civil contempla expressamente a superfície vegetal e que, como está concebido o artigo 21 do Estatuto da Cidade, pode admitir-se a superfície vegetal também no Estatuto da Cidade, sobretudo tendo-se em vista que o Plano Diretor, por força do artigo 40, § 2º, do mesmo Estatuto, engloba o território do Município como um todo, não sendo de interditar-se a concessão de superfície em determinadas áreas para a implementação de agriculturas de subsistência.

Importa também salientar que as disposições supervenientes do Código Civil de 2002 não revogaram as disposições pertinentes ao direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade.⁷

São inúmeros os proveitos que se podem extrair, urbanisticamente, do direito de superfície.

A concessão do direito real de uso, prevista no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, artigo 7º, é o contrato pelo qual se transfere, a título de direito real, a fruição temporária, por prazo certo ou indeterminado, de terreno público ou particular, remuneradamente ou não, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social.

É semelhante ao direito de superfície e, segundo equivocadamente pensam alguns, seria o próprio direito de superfície. Todavia, identifica-se entre os dois institutos um ponto de diferença substancial. É que no direito de superfície ocorre a suspensão ou interrupção dos efeitos da acessão, o que significa dizer que o incremento é propriedade do superficiário, sendo, portanto, hipotecável. Tal não acontece na concessão do direito real de uso. O incremento, na concessão do direito real de uso, não se convola em propriedade separada superficiária, distinta da propriedade do lote que recebe o incremento,

As utilidades deste instrumento podem igualmente ser valiosas, sobretudo em uma política de regularização fundiária, para titulação de áreas de assentamento de populações de baixa renda (favelas, mocambos, palafitas, loteamentos irregulares do ponto de vista dominial), pactuando-se, no final do prazo da concessão, uma opção de compra, com o que se ensejará a essas populações o acesso à propriedade da terra urbana.

Anotem-se, agora, algumas observações sobre a edificação e o parcelamento compulsórios, contemplados nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º do Estatuto da Cidade.

A matriz da edificação e parcelamento compulsórios está no art. 182, § 4º, da Constituição Federal, onde se preceitua que é fa-

⁷ Lira, Ricardo Pereira, in "O Direito de Superfície e o Novo Código Civil", *Revista Forense*, v. 364, p. 263/264.

cultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, progressivo no tempo;

III- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O primeiro deles é importantíssimo como arma eficaz na repressão à especulação imobiliária. Em determinadas circunstâncias, relativamente a imóveis incluídos na lei de uso do solo urbano, o não-uso deixa de ser manifestação de exercício do domínio. Assim, o proprietário pode ser notificado para edificar dentro do prazo estabelecido em lei, sob pena de exacerbação do IPTU, e finalmente de uma desapropriação-sanção, a ser paga em títulos públicos, devendo ser deduzidos do preço desta os benefícios hauridos pelo expropriado como resultado da especulação praticada.

É relevante observar que o art. 8º, do Estatuto da Cidade, fala em preço real da indenização, justificando a dedução dos benefícios hauridos ilegitimamente pelo especulador.

O segundo deles, que possibilita o parcelamento compulsório, também pode valer como arma da repressão à especulação, e como fator de induzimento à densificação urbana, onde esse fenômeno seja desejável.

Dentro dessa linha, o Estatuto da Cidade previu também a utilização compulsória, o que me parece não padecer de inconstitucionalidade, pois a extensão está claramente no âmbito da finalidade do texto constitucional.

Outro instrumento a ser considerado é o direito de preempção, que consiste no direito de preferência que o município passa a ter, relativamente a imóveis em determinadas áreas definidas na lei de uso do solo urbano, na aquisição de imóvel urbano, objeto de transação entre particulares. (arts. 25/27 do Estatuto da Cidade).

A concepção é urbanisticamente válida. O município sabe da tendência e vocação da expansão urbana em determinado sentido e, assim, passa desde logo a adquirir imóveis quando em negociação entre particulares, em condições mais vantajosas do que faria se já consumada naquela área a expansão prevista, através da expropriação.

Tenha-se presente agora a operação interligada. Constitui ela a alteração pelo Poder Público, nos limites e na forma definidos em lei, de determinados parâmetros urbanísticos, mediante contrapartida dos interessados, igualmente definida em lei.

Essa contrapartida poderá assumir a forma de (a) recursos para fundo municipal de desenvolvimento; (b) obras de infra-estrutura urbana; (c) terrenos e habitações destinados a populações de baixa renda; (d) recuperação do meio ambiente ou do patrimônio cultural.

A operação interligada, desde que criteriosamente aplicada, pode trazer benefícios urbanísticos e ambientais à comunidade.

Outro instituto a ser considerado é a urbanização consorciada (arts. 32/34 do Estatuto da Cidade).

É uma forma de empreendimento conjunto da iniciativa privada e dos poderes públicos, sob a coordenação desses últimos, visando à integração e à divisão de competência e recursos para a execução de projetos comuns.

Pode consubstanciar interessante forma de parceria entre a iniciativa privada e o Poder Público, com vistas à implementação de projetos urbanísticos.

Instrumento de considerável utilidade é o imposto progressivo sobre a propriedade urbana, que pode ser interessante forma de indução à atividade de construção, quando seja ela de interesse para a comunidade.

Ponha-se, em tela, o solo criado.

Cria-se solo quando se gera área adicional de piso artificial, não apoiada diretamente sobre o solo natural.

Cria solo quem cria piso artificial.

Urbanisticamente a idéia do solo criado pressupõe a adoção de um coeficiente único de aproveitamento do solo em determinada municipalidade (*plafond légal de densité*).

Partindo-se dessa premissa, pode se alcançar a noção *stricto sensu* de solo criado, quando se terá que solo criado é o excesso de construção, superior ao limite estabelecido pela aplicação do coeficiente único de aproveitamento.

Todo aproveitamento de terreno no subsolo, no solo e no espaço aéreo, implicando criação de solo (piso artificial além do limite), desde que consentida pelas condições peculiares do solo municipal, consubstanciará para o beneficiário obrigação de dar à comunidade uma contraprestação pelo excesso de construção, que geralmente determina uma sobrecarga sobre o equipamento urbano, implantado e operado à expensa de todos.

Essa contraprestação - onerando o beneficiário do solo criado - deverá preferencialmente ser representada pela cessão à comunidade de área correspondente ao excesso artificial gerado, para que ali se criem áreas verdes, se instalem equipamentos comunitários, se instituem praças, escolas, parques e módulos de lazer, etc...

Essa a versão urbanística do solo criado, em que o criador do solo artificial compensa a coletividade, pelo *plus* que consentidamente pratica, com a cessão de espaço correspondente em favor do grupo social.

Se, nas condições locais, for impossível a compensação em espaço comunitariamente útil, poder-se-á tolerar a versão financeira do solo criado (solução adotada no Código de Urbanismo francês), pela qual o criador do solo verteria à comunidade certa importância em dinheiro.

Essa foi a solução adotada pelo Estatuto da Cidade.

Para os titulares de imóvel tombado, com índice de ocupação do lote inferior ao coeficiente único, admitir-se-ia a cessão do direito de construir correspondente ao solo de impossível utilização em razão da existência do tombamento.

Embora sofisticado e exigindo manipulação registrária muito apurada, o instituto do solo criado pode apresentar-se como instrumento útil, sendo forma de controle do adensamento urbano, da utilização desordenada de lotes sem atenção aos equipamentos urbanos subjacentes, e, finalmente, pode constituir-se em meio razoável de volta de áreas ao Poder Público, sem a necessidade de vultosas expropriações (no caso do solo criado, em sua versão urbanística),

inclusive para o estabelecimento de áreas verdes e implantação de equipamentos comunitários).

Partindo-se da concepção do solo criado, imagina-se a instituição da possibilidade jurídica da *transferência do direito de construir*.

Dirijamos nossa atenção, ainda, para o usucapião especial urbano (art. 9º/14 do Estatuto da Cidade).

Por força desse instituto, aquele que possuir como sua área urbana até determinada extensão fixada em lei, por determinado prazo, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Esse é um valioso instrumento a ser utilizado em uma política de regularização fundiária em que estejam assentadas populações de baixa renda (favelas, mocambos, palafitas, loteamentos irregulares), ao lado de outros instrumentos como, por exemplo, a concessão do direito real de uso, com cláusula de opção de compra.

O procedimento destinado a obter a declaração do domínio pela via do usucapião especial urbano, seja o individual ou coletivo, deve ser simplificado na sua forma, e aberto a soluções alternativas, adotadas ao longo mesmo do processo.

Para facilitar a consumação dos processos de usucapião seriam necessárias algumas flexibilizações a serem introduzidas na legislação federal competente, como, por exemplo, eliminar a necessidade de citação dos confinantes, eliminar a necessidade de plantas elaboradas por arquitetos ou engenheiros - que seriam substituídas por simples configurações do local elaboradas pelos próprios interessados e, se contestadas, veridicadas pelo próprio julgador em inspeção pessoal, e adoção de fórmula jurídica permitindo que os locatários das moradias pudessem, no bojo do mesmo processo, adquirir também o domínio, pois de outra maneira a eles não se poderia conceder o benefício, por isso que locatário não pode usucapir. Afirma-se que, na favela da Rocinha, no Rio de Janeiro, 30% das moradias são objeto de locação. Essa fórmula já foi por nós sugerida no Anexo II, do livro de nossa autoria **Elementos de Direito Urbanístico**, ed. Renovar 1997, p. 385/9, onde concebemos um anteprojeto, instituindo o usucapião especial urbano, a legitimação da posse comunitária e dando outras providências.

Outro tópico relevante, regulado no Estatuto da Cidade, é o pertinente à Gestão Democrática da Cidade. No seu Capítulo IV, o Estatuto da Cidade cuida desse importantíssimo instrumento, que não pode ser esquecido, sob pena de com ele acontecer o que ocorreu com o Estatuto da Terra.

O Estatuto da Terra trazia disposições relevantes que, se aplicadas, poderiam ter significado um relevante passo para uma verdadeira Reforma Agrária neste país. Todavia, a falta de vontade política determinou praticamente o seu esquecimento, dando origem ao aparecimento de um dos mais importantes movimentos sociais ocorridos em nosso país, que é o Movimento dos Sem Terra (MST), como tal considerado pelo eminente e saudoso Celso Furtado.

O mesmo fenômeno pode ocorrer com o Estatuto da Cidade, se não houver a vontade política de implementá-lo e torná-lo realidade. Pela demora e pelo vagar na busca de soluções concretas para a Reforma Urbana, sobretudo no segmento da regularização fundiária das áreas de assentamento das populações carentes, acompanhada de medidas ligadas à urbanização dessas áreas, o Estatuto das Cidades corre o risco de sofrer a mesma crise de eficácia que debilitou o Estatuto da Terra.

Em centros urbanos relevantes, como, por exemplo, a Cidade de São Paulo, já ocorre a ocupação de prédios urbanos pelos sem-teto. Há poucos dias, ocorreu a ocupação de um prédio do INSS, que estava desocupado, localizado na Cinelândia, ponto central e privilegiado da Cidade do Rio de Janeiro. Por enquanto, as ocupações têm acontecido em prédios públicos, mas, se as providências efetivas não chegarem ao ponto de uma efetiva solução para a crise de moradia, as ocupações poderão passar a se dar também com relação aos prédios particulares, o que será a proximidade do caos.

Já é uma realidade, em vários pontos do país, a existência dos movimentos dos sem-teto.

Por força dessas razões é muito importante que as diretrizes do Estatuto da Cidade se tornem realidade, não só em termos de qualidade de vida para as classes abastadas, mas em termos de atendimento efetivo do direito de moradia digna e saudável para todos, como expressão mínima de cidadania, o que aliás decorre dos princípios republicanos fundamentais, consagrando a dignidade da pes-

soa humana, a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais, promovendo-se o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com vistas ao atingimento dessas metas ressalta, com prioridade, a gestão democrática das Cidades por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, II, do Estatuto da Cidade).

Isso significa, nada mais nada menos, o cumprimento de obrigação que já pesa sobre os ombros dos organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, que, em suas iniciativas, devem incluir obrigatória e significativamente a participação da população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania (art. 45, do Estatuto da Cidade).

A gestão democrática da cidade está contemplada no art. 43 do Estatuto da Cidade, nos seguintes termos:

"Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I - órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II - debates, audiências e consultas públicas;

III - conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV - iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano."

O art. 43 dispunha de um inciso V que arrolava entre os instrumentos relativos à gestão democrática da cidade o "referendo popular e o plebiscito". A norma foi vetada pelo Presidente Fernando Henrique.

A razão de ser do veto foi a de que a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, já prevê a utilização genérica do referendo po-

pular e do plebiscito, não sendo de boa técnica legislativa prever especificamente estes instrumentos na determinação da política urbana municipal.

O art. 44, do Estatuto da Cidade prevê que, no âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea "f" do Inciso III do art. 4º desta lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

DO DIREITO A MORADIA

Este esforço do legislador constitucional, no sentido de tornar efetiva uma política urbana, e do legislador infraconstitucional de criar as diretrizes e institutos ensejadores da função social da Cidade, tem como um dos pressupostos principais a observância do direito a moradia como um direito social, inserido no Art. 6º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 26, de 14.02.2000. Um dos capítulos básicos da eficácia do direito a moradia, é a solução da questão da regularização fundiária, que agora se aborda.

DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

No processo de ordenação do espaço urbano, especial atenção é de ser dirigida a uma política de regularização fundiária destinada à titulação das áreas de assentamento das favelas, mocambos, palafitas e loteamentos irregulares, intensamente articulada com uma política de urbanização e saneamento dessas áreas.

É relevantíssima, não só do ponto de vista urbanístico, como do ponto de vista do meio ambiente, a questão da regularização fundiária, que não deve limitar-se à outorga de títulos de propriedade, mas também cuida dos aspectos gerais da urbanização, sobretudo transporte e saneamento básico. É o que a eminente arquiteta Prof^ª Raquel Rolnick denomina de Regularização Fundiária Plena.

Nos últimos meses de 2005, começou a transitar pela mídia, uma estranha campanha que insistia vivamente na necessidade da adoção de uma política de remoção das favelas, o que significa regredir à época dos anos 60, em que se realizaram remoções, pelo

menos na Cidade do Rio de Janeiro, com efeitos sociais os mais desastrosos.

Basta recordar a remoção da Favela da Catacumba, que era situada nas margens da Lagoa Rodrigo de Freitas. Dúvida não pode haver quanto ao fato de que essa remoção se fez para que pudessem ser efetivadas, nos arredores, as suntuosas incorporações de vários edifícios residenciais de altíssimo luxo, a serem ocupados pela alta classe média. No local, propriamente dito, instalou-se um parque, com algumas estátuas, que seguramente recebe a visita de pouquíssimos cidadãos.

Pois bem. As autoridades da época, pelo menos com a comiseração de terem retirado, antecedentemente, as famílias que habitavam o local, mandaram atear fogo na favela. Trata-se da favela da Catacumba, que ficava à margem da Lagoa Rodrigo de Freitas. Os ocupantes foram removidos para Santa Cruz, Antares e outros locais longínquos, obrigados, se possível fosse, a valer-se de duas ou três onerosas viagens de ônibus para regressar aos seus locais de trabalho.

Qual a consequência dessa remoção? As mães de família, que eram cozinheiras, copeiras, faxineiras, babás, nos bairros de Ipanema e Copacabana foram obrigadas a deixar seus trabalhos, indo com filhas e filhos, para as aludidas distantes localidades. Os pais de família, na grande maioria trabalhadores da construção civil nos bairros próximos, não puderam acompanhar suas famílias, separando-se delas, e passando a dormir nos canteiros de obras em que serviam. Houve a separação dos casais, ficando as mulheres desprovidas do apoio material que lhes davam seus maridos ou companheiros, e com o orçamento combalido, viram a prostituição de suas filhas de 9 a 12 anos, que assim contribuía para a manutenção da mãe e irmãos. As consequências sociais e morais foram as piores possíveis.

A remoção de favelas é providência a que evidentemente só se pode recorrer em condições excepcionalíssimas, quando haja perigo de vida para os próprios moradores, sendo certo que, diante de situações consolidadas, nem os imperativos ambientais mais fortes devem prevalecer. E a remoção, sempre excepcionalíssima, deve dar-se para locais próximos ao inicialmente ocupado.

Há que sopesar os princípios, sendo de considerar que hoje o direito a moradia, nos termos do artigo 6º, da Constituição Federal, é um direito fundamental.

Nos primeiros meses de gestão do atual Governo Federal, fomos convidados pelo Exmº Senhor Ministro da Justiça, Márcio Tomás Bastos, para uma reunião em Brasília, da qual participaram também representantes do então recentemente instalado Ministério das Cidades, pelo qual falava a eminente arquiteta Raquel Rolnik, responsável pela política de Regularização Fundiária daquele recém-constituído Ministério, e também executivos do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES). Ali, tivemos ocasião de entregar ao Senhor Ministro um *paper*, no qual deduzíamos, com brevidade, nossas idéias sobre a relevante questão, que agora passamos a transcrever:

"1. Afigura-se-nos importante que as autoridades competentes implementem a regularização dos assentamentos ocorridos em bens públicos (de uso comum e dominicais), bem como ponham em prática uma política de induzimento de igual orientação relativamente aos bens particulares.

2. Impõe-se, como providência inicial, um mapeamento fundiário do país, identificando as áreas em que ocorrem os assentamentos mencionados e indicando as áreas públicas, (federais, estaduais e municipais) e as áreas particulares.

3. Quanto às áreas públicas, a solução que nos parece mais adequada seria aquela realizada através da CONCESSÃO (gratuita) DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA, prevista nos arts. 1º e 2º, da Medida Provisória nº 2.220, de 4/09/01, sob a forma individual ou coletiva, dependendo das circunstâncias concretas da área titulada.

4. No concernente aos espaços de propriedade dos Estados e Municípios, a União realizaria entendimentos com as respectivas entidades, induzindo-as à adoção da mesma solução, desde que de interesse delas.

5. A formulação dos respectivos contratos acompanharia os requisitos e condições que estão presentes na referida medida

provisória, alcançando, inclusive, aqueles espaços em que o concessionário esteja exercendo alguma forma de mercancia.

6. Considerando que, através da dita concessão, o beneficiário recebe do poder público a posse do espaço ocupado (o que não deixa de ser uma titulação) os contratos poderiam contemplar uma cláusula final, por força da qual, depois de certo prazo, poderiam eles fazer uma opção de aquisição do domínio, através da qual o ocupante se tornaria proprietário da área ocupada.

7. Quanto aos espaços de dominialidade particular, considerando a idade dos assentamentos, a solução que se afiguraria como mais propícia seria a adoção do USUCAPIÃO DE IMÓVEL URBANO, seja sob a forma individual ou coletiva, conforme o caso, contempladas nos artigos 9º e 10º do Estatuto da Cidade.

Ocorrem, contudo, algumas dificuldades de ordem processual, que, a par do andamento demasiadamente lento das ações de usucapião na Justiça, agravam o desenvolvimento delas, tais como a exigência do Código de Processo Civil da citação dos confinantes e a necessidade de plantas formalizadas, instruindo os pedidos.

*Além disso, nas favelas e demais áreas ocupadas, inúmeras são as moradias que são objeto de locação, sendo certo que dogmaticamente não é juridicamente possível reconhecer usucapião em favor de locatário. Como o princípio seria o de que não seria possível declarar o usucapião referentemente a mais de uma moradia em favor de uma só pessoa, essa pessoa para ter declarado o usucapião em seu favor necessariamente teria de ceder a sua posse aos seus locatários, que assim teriam posse **ad usucapionem** suficiente para usucapir. Se de toda a forma não fosse possível essa solução, inclusive pela negativa de cessão da posse, o Juiz poderia solicitar aos locatários a mudança do pedido inicial da ação de usucapião para pretensão de legitimação da posse, que se convolaria em domínio se, dentro de certo prazo, não surgisse alguém com*

domínio evidente sobre o espaço em questão. Tal solução implica em alteração do Código de Processo Civil.

*Às páginas 385/389, de nosso livro **Elementos de Direito Urbanístico**, Editora Renovar, 1997, apresentamos anteprojeto procurando simplificar as normas processuais relativas ao usucapião de imóvel urbano e dispendo sobre a legitimação da posse convolável em domínio.*

Acrescentaríamos, agora, um dispositivo ao mencionado anteprojeto, estatuinto a gratuidade de todos os atos registrários decorrentes da aplicação das normas propostas.

A colaboração que a União Federal poderia oferecer nessa matéria relativa ao usucapião de bens particulares, como instrumento de uma política de regularização fundiária, seria a de apresentar um projeto de lei ao Congresso Nacional, no sentido das idéias acima preconizadas.

8. Urge considerar um ponto

A política de titulação dos ditos espaços urbanos deveria ser precedida por uma política de urbanização dos mesmos, em que os demais aspectos urbanísticos, como arruamento, saneamento, etc.. seriam implementados? Parece-nos que sim, por isso que dita urbanização poderia eventualmente alterar os contornos e limites das áreas de assentamento a serem tituladas.

9. Finalmente, talvez fosse conveniente pensar-se em uma emenda constitucional em que se estabelecesse um período de CARÊNCIA FISCAL, de três ou cinco anos, contados a partir do início da política de urbanização e do registro imobiliário da titulação, em que fossem dispensados dos impostos os beneficiários da política de urbanização e titulação, tais como IPTU, ICM sobre materiais de construção, imposto de transmissão imobiliária, etc...

Essas as observações que me ocorrem, preliminarmente, sobre a questão da titulação das áreas urbanas em que está assentada a população de baixa renda."

CONCLUSÃO

Como se vê, a existência de uma política pública, voltada para a solução da questão urbano-ambiental, sobretudo para a difícil questão da regularização fundiária, é de fundamental importância para a observância dos princípios republicanos pertinentes ao reconhecimento da cidadania de toda a comunidade, à dignidade da pessoa humana, à erradicação da pobreza, eliminação da marginalidade e das desigualdades sociais, à promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza e à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Importa ter, em consideração, que a função do Direito contemporaneamente é não apenas a de servir de instrumento para a solução de conflitos interindividuais. A grande função do Direito é a da transformação social, garantindo-se a todos o mínimo necessário a uma vida digna e justa.☐

A Lei 11.418, de 19/12/2006, e o Novo Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário: Repercussão

Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes
Juiz de Direito da 21ª Vara Cível do TJ/RJ.

1. A MODIFICAÇÃO EMPREENDIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004, CRIANDO NOVO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, foi promulgada com o objetivo de alterar diversas regras do Sistema Judiciário Nacional. Entre as modificações, foi incluída a norma do § 3º do artigo 102 da Constituição Federal, sendo criado novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário¹:

"§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

¹ De acordo com Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 13ª ed., Forense, 2006, p. 590, com o advento da Constituição de 1988, a disciplina do cabimento do recurso extraordinário foi integralmente abrangida no texto constitucional, de modo que nem a lei ordinária, nem disposição regimental pode introduzir-lhe acréscimos ou alterações.

O propósito da alteração constitucional foi o de desafogar, em alguma medida, o trabalho confiado ao Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a matéria objeto do recurso extraordinário, para fins de sua apreciação, revele-se importante em termos gerais, não se limitando à solução do litígio intersubjetivo.

Inaugurou-se, assim, no sistema constitucional vigente², critério de seleção das questões constitucionais a serem apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, como forma de permitir que a sua atenção fique concentrada naquelas que realmente ostentem maior importância para a coletividade.

Ficou a cargo da legislação infraconstitucional a disciplina desse novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. O legislador desincumbiu-se da tarefa por intermédio da edição da Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que foi publicada no dia 20.12.2006, com *vacatio legis* de 60 dias.

2. A ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EMPREENDIDA PELA LEI 11.418/2006

Para efeito de disciplinar a regra do § 3º do artigo 102 da Constituição Federal, a Lei 11.418 acrescentou dois novos artigos (543-A e 543-B) na seção do Código de Processo Civil destinada aos recursos extraordinário e especial.

O primeiro dispositivo cuida de reproduzir o requisito constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário, estabelecendo em seu *caput*:

"Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo".

²Na ordem constitucional passada, quando ao STF competia o exame da matéria constitucional e infraconstitucional, existia a previsão de mecanismo com o propósito de limitar o exame de questões de direito federal sem maior repercussão geral - o chamado incidente da arguição de relevância (art. 119, § 1º da EC nº 01/69). Na lição de Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 591: "Assim se ressuscitou, de certo modo, mas em termos diferentes, a antiga *arguição de relevância da questão federal*, que a Corte Suprema, no exercício do poder então constitucionalmente previsto, regulava em seu Regimento Interno".

A regra estabelece, em consonância com o texto do § 3º do artigo 102 da CF/88, que o recurso extraordinário não será conhecido se a matéria constitucional não apresentar interesse geral. Cabe salientar que o juízo negativo de admissibilidade, *in casu*, pressupõe os votos de dois terços dos membros da Corte Suprema. Logo, compete ao Plenário do Tribunal o exame da matéria, cabendo-lhe, se for o caso, decidir pelo não conhecimento do recurso diante da ausência de repercussão geral da questão constitucional.

Afirma o artigo 543-A, também, que a decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário será irrecurável. Cabem, aqui, duas observações.

Em primeiro lugar, deve-se afastar da incidência da norma o cabimento de embargos de declaração. Dada a sua finalidade de integração do ato decisório, suprindo-lhe alguma deficiência (cf. art. 535, CPC), a irrecurabilidade prevista no artigo 543-A não deve atingir os embargos de declaração.

Em segundo, temos que a regra do artigo 543-A visa a impedir a interposição de qualquer outro recurso, evitando o prolongamento do procedimento instaurado na Corte. A proibição, decerto, somente pode ser aplicada no âmbito interno do Supremo Tribunal Federal, visto que as suas decisões não são passíveis de revisão por qualquer outro Tribunal. Contudo, à primeira vista, não conseguimos visualizar qual o alvo da limitação, pois a decisão de não conhecimento do recurso extraordinário, sendo emanada do Pleno do Supremo Tribunal Federal, não comportaria mesmo qualquer outro recurso³.

Por sua vez, o artigo 543-B foi incluído no sistema do Código de Processo Civil para o fim de disciplinar a projeção dos efeitos da decisão do Pleno do STF, reconhecendo a ausência de repercussão geral da questão constitucional, sobre o universo de recursos interpostos a respeito do mesmo assunto, buscando-lhes abreviar a solução e impedir sua remessa à Corte. *In verbis*:

"Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercus-

³ Lembrando que os embargos de divergência (art. 546, II, CPC) somente são cabíveis diante de decisão proferida por Turma do STF.

são geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo".

O dispositivo estabelece as linhas gerais do procedimento a ser observado nessa hipótese, prevendo que os recursos representativos da controvérsia serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, enquanto que os demais terão o seu processamento suspenso, aguardando-se nos órgãos de origem o julgamento definitivo da questão.

3. O EXAME DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PROCEDIMENTO A SER OBSERVADO

O artigo 543-A disciplina o exercício do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, no tocante ao requisito introduzido no texto constitucional.

De início, o legislador procura contextualizar o sentido da expressão "repercussão geral" da questão constitucional, dispondo no § 1º que deverá ser aferida a relevância da matéria à luz de interesses *ultra partes*, que estejam envolvidos na solução da causa:

"§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa."

Tratando-se de conceito juridicamente indeterminado⁴, caberá ao Supremo Tribunal Federal avaliar, diante do caso concreto, se o julgamento da questão constitucional tem importância geral, nos aspectos de sua relevância política, econômica, social ou jurídica.

Há um caso, entretanto, em que a lei já define objetivamente a existência do requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. É a hipótese de a decisão recorrida ter contrariado o entendimento adotado no âmbito do próprio STF, consoante o disposto no § 3º:

⁴ A respeito do tema, vide Barbosa Moreira, "Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados", *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, 2ª ed., Saraiva, 1988, p. 61/72.

"§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal."

O § 2º do artigo 543-A estabelece, ainda, pressuposto de regularidade formal do recurso extraordinário, dispondo que ao recorrente cabe destacar, em caráter preliminar, as razões pelas quais entende que a matéria constitucional impugnada ostenta relevante aspecto geral:

"§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral."

O exame da existência ou não da repercussão geral compete apenas ao órgão *ad quem*, como claramente definido no § 2º do artigo 543-A. Todavia, cabe ao Tribunal *a quo* o controle da regularidade formal do recurso, de modo que o mesmo não deverá ser admitido na instância de origem se o recorrente não tiver cumprido a exigência legal, deixando de demonstrar a existência da repercussão geral da questão constitucional⁵.

Dessa forma, se nas razões de recurso extraordinário a parte recorrente não justifica a relevância da matéria impugnada, caberá à Presidência ou à Vice-Presidência do Tribunal local (cf. arts. 541 e 542, CPC) exercer o juízo negativo de sua admissibilidade⁶. O que não se confunde, vale dizer, com o exame da existência ou não da repercussão geral, o qual é privativo do próprio Supremo Tribunal Federal.

Uma vez sendo admitido o recurso extraordinário no Tribunal de origem, ou sendo interposto agravo de instrumento contra a decisão de sua inadmissibilidade, ao Supremo Tribunal Federal competirá, além de aferir a presença de todos os requisitos de admissibilidade

⁵ Mesmo que a decisão recorrida tenha contrariado o entendimento jurisprudencial do STF, cabe ao recorrente destacar no seu recurso, de modo explícito, a existência de repercussão geral. Nessa hipótese, contudo, basta fazer referência ao fato, amoldando-se o cabimento do recurso na figura do § 3º do artigo 543-A.

⁶ Decisão sujeita, naturalmente, à interposição do agravo de instrumento previsto no artigo 544 do CPC.

do recurso, verificar também se a matéria impugnada preenche a exigência constitucional (art. 102, § 3º).

O exame dos requisitos gerais de admissibilidade do recurso extraordinário precede ao seu controle à luz do interesse geral em seu julgamento. Assim porque o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal, será exercido pelo relator do recurso (do próprio recurso extraordinário ou em sede de agravo de instrumento). Faltando ao recurso extraordinário qualquer requisito de admissibilidade, caberá ao relator deixar de conhecê-lo (ou, no caso do agravo de instrumento, desprovê-lo), decidindo monocraticamente⁷.

Estando presentes todos os demais requisitos de admissibilidade, não poderá o relator, isoladamente, enfrentar a questão concernente à repercussão geral da matéria impugnada. Apenas ao Pleno do STF compete declarar a ausência de sua relevância. Entretanto, antes de ser remetido o exame da questão ao Plenário, o relator deve submeter o julgamento do recurso extraordinário (ou do agravo de instrumento) à Turma. Se esta decidir pela existência da repercussão geral, com o *quorum* mínimo de quatro votos, ao invés de proceder à remessa dos autos ao Pleno, deverá continuar com o julgamento, examinando o mérito do recurso⁸. É o que dispõe o § 4º:

"§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário."

Na hipótese contrária, não identificada pela Turma a existência da repercussão geral⁹, haverá o necessário encaminhamento da questão ao Plenário do STF.

⁷ A decisão monocrática do relator desafia a interposição de agravo interno, dirigido ao órgão colegiado competente (arts. 545 e 557, CPC).

⁸ Se o controle estiver sendo exercido em sede de agravo de instrumento, a Turma irá dar provimento ao mesmo, determinando a subida do recurso extraordinário, ou, na forma do artigo 544, §§ 3º e 4º do CPC, poderá examinar desde logo o mérito do recurso extraordinário ou, ainda, impor a conversão do agravo de instrumento no próprio recurso extraordinário.

⁹ Ou, com o mesmo efeito, se o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional derivar de apenas três ou menos votos.

Poderão ainda, antes do julgamento da questão, manifestar-se terceiros interessados¹⁰, a critério do relator, de acordo com o que dispuser o Regimento Interno do STF:

"§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal."

São necessários os votos de dois terços dos membros do Tribunal para que seja declarada a ausência de relevância da matéria constitucional (art. 102, § 3º, CF/88). Não alcançado esse *quorum*, tem-se por admissível o recurso extraordinário, impondo-se o julgamento de seu mérito¹¹.

A seu turno, reconhecida pelo Plenário a ausência de repercussão geral, o recurso extraordinário não será conhecido. Porém, a decisão não se limita a produzir efeitos apenas no campo desse processo. Dispõe o § 5º que todos os demais recursos, versando sobre a mesma questão constitucional, serão indeferidos liminarmente:

"§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal."

Dessa forma, não será necessária a apreciação da mesma matéria pelo Pleno em cada recurso isoladamente. Uma vez reconhecida a inexistência de repercussão geral daquela questão, todos os recursos extraordinários interpostos a seu respeito não serão co-

¹⁰ É a figura do *amicus curiae*, já prevista nos artigos 482, § 3º do CPC, 7º, § 2º da Lei 9.868/99 e 6º, § 1º da Lei 9.882/99, cabendo-lhe trazer informações e subsídios importantes para o julgamento da causa. Não se trata, entretanto, da figura de intervenção de terceiros no processo (STF, ADI 3660/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.8.2006, DJ 05.9.2006), não assumindo a qualidade de parte e não podendo interpor recursos (STF, ADI 3043-ED/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 14.11.2006, DJ 22.11.2006), por exemplo.

¹¹ Em princípio, competirá à Turma retomar o julgamento do recurso, a menos que o Regimento Interno do STF estabeleça a possibilidade do Pleno prosseguir no julgamento, após admitir a repercussão geral da matéria impugnada, e examinar desde logo o mérito do recurso.

nhecidos, liminarmente, pelos seus relatores no âmbito do próprio STF. E perante os Tribunais locais, os recursos extraordinários ainda sujeitos ao primeiro exame de admissibilidade serão indeferidos na instância de origem. Ou seja, para o fim de emprestar maior importância prática à decisão do Pleno do STF, a regra do § 5º confere à mesma eficácia *erga omnes*.

4. A PROJEÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO PLENO DO STF SOBRE OS RECURSOS INTERPOSTOS SOBRE O MESMO TEMA CONSTITUCIONAL

A importância da modificação introduzida no texto constitucional não reside na solução a ser dada no julgamento de admissibilidade de determinado recurso extraordinário. Do contrário, a inovação teria apenas burocratizado o procedimento do recurso perante o Supremo Tribunal Federal, exigindo-se o enfrentamento do aspecto da sua repercussão geral pelo Plenário do Tribunal antes do exame do seu mérito. Diversamente, é da projeção dos efeitos da sua decisão sobre a universalidade dos recursos em geral que repousam as expectativas de diminuição do número de processos endereçados ao Supremo Tribunal Federal, bem como de abreviação do procedimento daqueles que lhe são dirigidos.

Portanto, além da regra do § 5º do artigo 543-A, estabelecendo o indeferimento liminar de todos os demais recursos interpostos a respeito da mesma questão constitucional, o artigo 543-B vem disciplinar, de forma mais minuciosa, a situação em que já foi identificada a existência de inúmeros recursos interpostos a respeito da mesma controvérsia constitucional.

Não é fenômeno raro na prática cotidiana a proliferação de ações ajuizadas com o mesmo fundamento jurídico. É o que ocorre, por exemplo, diante de determinadas questões de natureza tributária, administrativa, previdenciária, consumista etc. Em consequência, após o seu julgamento pelos Tribunais locais, esgotando-se a instância ordinária, sobrevém a interposição de grande número de recursos especiais e extraordinários.

Para evitar que todos esses processos cheguem ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, quer pela via do recurso extra-

ordinário, quer pela via do respectivo agravo de instrumento, estabelecem os §§ 1º e 2º do artigo 543-B que:

"§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos."

Nos termos da nova disciplina legal, os Tribunais de origem deverão selecionar alguns recursos extraordinários representativos da controvérsia constitucional e exercer a seu respeito, por intermédio de seus órgãos competentes (arts. 541 e 542, CPC), o exame de sua admissibilidade. Sendo positivo o juízo de admissibilidade¹², os recursos deverão ser encaminhados ao Supremo Tribunal Federal. Todos os demais recursos extraordinários, interpostos sobre a mesma matéria, deverão ficar sobrestados até o julgamento daqueles que foram remetidos à Corte.

A parte recorrente pode se insurgir contra a decisão que determina, na instância de origem, o sobrestamento do seu recurso, sustentando, por exemplo, que a discussão nele veiculada é completamente diferente daquela levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal por meio dos recursos selecionados. Nesse caso, deverá dirigir-se diretamente à Corte Suprema, valendo-se para tanto da via impugnativa cabível¹³.

Naturalmente, se o Pleno do STF não reconhecer a repercussão geral da matéria constitucional, ao examinar os recursos selecionados, todos aqueles que estavam sobrestados na instância de origem não chegarão à Corte. Na forma do § 2º, os recursos que aguarda-

¹² Isto é, antes de serem remetidos os recursos selecionados, é preciso aferir a presença dos demais requisitos de sua admissibilidade, tais como o preparo, a tempestividade etc. De nada adianta remeter ao STF recurso que não possa ser conhecido por outro fundamento que não o da repercussão geral.

¹³ Na falta de previsão expressa para os casos de destrancamento do recurso excepcional, o STF vem admitindo a utilização indistinta da ação cautelar, da reclamação do agravo de instrumento ou de petição avulsa (STF, AI 611544/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 31.7.2006, DJ 25.8.2006; STF, Pet 3637/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, j. 02.5.2006, DJ 11.5.2006).

vam a definição da questão da repercussão geral serão considerados, *ex vi legis*, não admitidos. Não haverá necessidade de ser proferida decisão em cada um desses processos. Portanto, ao Tribunal local caberá apenas certificar nos autos de cada processo a não admissão do recurso extraordinário.

Trata-se de medida que visa a dinamizar o procedimento do recurso extraordinário, no tocante ao exame de sua admissibilidade, permitindo-se aos Tribunais locais pôr termo imediato ao processamento dos recursos que estavam sobrestados, evitando-se a prolação de decisão em cada processo, com a conseqüente interposição de inúmeros agravos de instrumento e a sua remessa ao STF.

Há o problema, entretanto, da interposição simultânea de recursos especial e extraordinário. Nessa situação, bastante comum na prática, o sobrestamento previsto no § 1º do artigo 543-B não atingirá o procedimento do recurso especial. Assim porque a sua admissibilidade não está adstrita à decisão do STF sobre o cabimento do recurso extraordinário diante de sua repercussão geral. Em outras palavras, ainda que sobrestado o recurso extraordinário, aguardando-se o julgamento da questão constitucional nos processos selecionados e enviados ao STF, o recurso especial continuará sendo examinado na instância de origem. Em caso de sua admissibilidade, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. Na hipótese contrária, caberá à parte recorrente a interposição de agravo de instrumento dirigido ao STJ (art. 544, CPC).

Após o julgamento do recurso especial, poderemos ter como prejudicado o recurso extraordinário sobrestado, caso o recorrente tenha obtido êxito integral em seu intento. Do contrário, não sendo conhecido ou provido o recurso especial (ou o respectivo agravo de instrumento), ao invés de se dar curso imediato ao procedimento do recurso extraordinário, impõe-se aguardar a definição prevista no § 2º do artigo 543-B. Negada a existência da repercussão geral, o recurso que estava sobrestado será considerado automaticamente não admitido.

Curiosa é a regra introduzida pelo § 3º do artigo 543-B:

"§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se."

Se os recursos extraordinários selecionados tiverem seu mérito apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, temos como premisa inafastável que a Corte admitiu a existência de repercussão geral da questão constitucional controvertida. Por conseguinte, a consequência natural seria o prosseguimento dos demais recursos sobrestados, com o exame de sua admissibilidade pelos Tribunais de origem e o seu encaminhamento, se positivo o juízo, ao Tribunal *ad quem*.

No intuito de evitar a remessa dos processos sobrestados, na forma do § 1º do artigo 543-B, ao Supremo Tribunal Federal, a regra de seu § 3º estabelece que o julgamento do mérito dos recursos selecionados não importa no simples prosseguimento do exame de sua admissibilidade pelos órgãos competentes dos Tribunais locais. De modo diferente, dispõe que os recursos serão apreciados pelos "Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se".

A nova norma legal torna mais complexo o procedimento a ser observado na instância de origem. Todos os processos, cujos recursos extraordinários estão sobrestados, encontram-se nos Tribunais locais aguardando a definição do STF a respeito da questão constitucional. Sobrevindo a sua decisão de mérito, caberá aos órgãos competentes dos Tribunais de origem verificar, em primeiro lugar, a viabilidade dos recursos.

Assim, caberá à Presidência ou Vice-Presidência do Tribunal *a quo* analisar se o recurso (que estava sobrestado) preenche os seus requisitos normais de admissibilidade (preparo, tempestividade, regularidade de representação etc). Em caso negativo, deverá proferir decisão não admitindo o recurso por esse fundamento¹⁴.

¹⁴ Veja-se que, se o recurso foi interposto intempestivamente, a decisão recorrida transitou em julgado, nada mais havendo a se fazer.

De outro lado, presentes os pressupostos do recurso, deverá ser analisado, ainda, se a tese sustentada pelo recorrente vai de encontro à decisão proferida pelo STF. Tendo a Corte Suprema dado à questão constitucional controvertida interpretação contrária à sustentação do recorrente, o seu recurso será obstado na instância de origem, declarando-se o mesmo prejudicado. Ou seja, diante do prévio julgamento da questão pelo STF em sentido contrário ao interesse da parte recorrente, o seu recurso não será admitido. Dessa forma, evita-se o encaminhamento dos recursos ao Tribunal *ad quem* para esse mesmo fim.

Verificando-se que o recurso preenche os seus requisitos de admissibilidade e que a sua tese é procedente, no sentido da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos processos selecionados, a providência natural seria a sua admissão na origem, sendo o mesmo remetido à Corte para o seu julgamento. Entretanto, a regra do § 3º estabelece peculiar novidade, atribuindo ao órgão prolator da decisão recorrida o exercício do juízo de retratação. O que significa dizer que, ao invés de a Presidência ou Vice-Presidência do Tribunal local admitir o recurso extraordinário e remetê-lo ao STF, deverá encaminhar o processo ao órgão prolator do ato decisório impugnado, para o exercício do juízo de retratação.

Recebidos os autos pelo órgão julgador, ao mesmo caberá reexaminar a matéria, podendo retratar-se, isto é, modificar a sua decisão anterior diante do recente julgamento proferido no âmbito do STF.

Se, por influência da orientação da Corte Suprema, o órgão julgador reformar a sua decisão, o recurso extraordinário anteriormente interposto ficará automaticamente prejudicado, por falta de interesse. E, nesse caso, diante da nova decisão, caberá à parte contrária a interposição dos seus recursos especial e extraordinário, se cabíveis. E quanto a este último, se tiver por fundamento aquela mesma questão constitucional já examinada pelo STF, não terá chance de êxito, de modo que não deverá ser admitido no Tribunal de origem.

Por sua vez, se o órgão julgador, no exercício do juízo de retratação, mantiver a sua decisão¹⁵, o recurso extraordinário antes interposto continua viável, persistindo o interesse a seu respeito. Portanto, o processo voltará ao órgão competente do Tribunal local para o exame de admissibilidade dos recursos excepcionais. E, assim, completará o seu exame, provavelmente admitindo o recurso extraordinário¹⁶, haja vista a provável contrariedade da decisão recorrida em relação à orientação do STF.

Por essa razão, assim dispõe o § 4º do artigo 543-B:

"§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada."

Partindo-se da premissa de que a decisão recorrida divorcia-se da orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a nova regra legal prevê a possibilidade de reforma ou anulação¹⁷ do ato decisório impugnado em caráter liminar, por decisão monocrática do relator do recurso, conforme dispuser o seu Regimento Interno. Tudo como forma de abreviar o procedimento do recurso extraordinário no âmbito da Corte.

5. APLICAÇÃO NA NOVA LEI E AS REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL

De acordo com o sistema geral adotado no Código de Processo Civil no campo do direito intertemporal (que se infere da 2ª parte

¹⁵ Considerando que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal não tem, na hipótese em comento, efeito vinculante, compete ao órgão julgador o livre exame da matéria impugnada, podendo manter ou reformar a sua decisão no exercício do juízo de retratação.

¹⁶ Na hipótese retratada no § 3º do artigo 543-B, temos que ao recurso extraordinário foi conferido o chamado "efeito devolutivo diferido". Ou seja, a devolução da matéria ao órgão *ad quem* não é imediata. Pressupõe, antes, o reexame do objeto da impugnação recursal pelo órgão *a quo*.

¹⁷ Como o julgamento do STF, na hipótese do § 3º, não tem efeito vinculante, cabe ao órgão julgador da instância originária o livre exame da matéria. Logo, a sua decisão, ainda que se afaste daquela orientação, não padecerá, por isso, de *error in procedendo*. Desse modo, no julgamento do recurso extraordinário, o STF poderá reformar a decisão recorrida ou anulá-la (diante de qualquer outro vício de atividade, como a incompetência para a sua prolação, por exemplo).

do seu artigo 1.211), a nova lei processual tem aplicação imediata aos processos em curso, respeitando apenas os atos processuais já praticados e seus efeitos pendentes (*tempus regit actum*).

No âmbito da disciplina geral dos recursos, temos que a aplicação de nova regra legal, dispondo sobre admissibilidade recursal, alcança apenas os atos decisórios proferidos sob a sua vigência. No tocante aos anteriores, continuam os mesmos sujeitos à prescrição da lei revogada. Outra não é a lição de Barbosa Moreira¹⁸ sobre o tema: "O princípio fundamental, na matéria, é o de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que foi publicada a decisão: a norma processual superveniente respeita os atos já praticados e os respectivos efeitos já produzidos antes de sua vigência".

No caso da Lei 11.418/2006, todavia, o legislador alterou em parte a aplicação do princípio geral do Código de Processo Civil:

"Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência."

Nos termos do critério adotado no seu artigo 4º, a nova disciplina sobre a admissibilidade do recurso extraordinário não será aplicável apenas às decisões proferidas a partir da sua vigência, alcançando também as anteriores em relação às quais não tenha havido a interposição de recurso extraordinário. Ou seja, ainda que a decisão tenha sido proferida sob a égide da legislação derogada, se o recurso vier a ser interposto a partir do primeiro dia de vigência da nova lei, o mesmo já estará submetido ao recente regramento legal.

Em suma, nesse período de transição, as partes e também os órgãos judiciais devem estar atentos para a aplicação da Lei 11.418, levando em consideração, para esse fim, não a data de prolação do ato decisório recorrido, mas sim a da interposição do recurso excepcional. ☐

¹⁸ Comentários..., p. 269.

Competência Disciplinar da Justiça da Infância e Juventude

Tânia da Silva Pereira

*Professora de Direito da PUC/Rio e UERJ e
Diretora da Comissão Nacional para Infância
e Juventude do IBDFAM.*

Flagrantes modificações se efetivaram se comparadas com o sistema adotado anteriormente pelo Código de Menores de 1979. Superamos o longo período que se seguiu ao Código de 1927, quando, Saul de Gusmão, sucessor de Mello Mattos, Juiz de Menores a partir de 1939, refere-se ao período que se segue ao seu antecessor como o ciclo da "ação social do Juízo de Menores", traduzindo as atribuições do Juiz de "amparo, assistência, educação, instrução, cuidando do corpo e do espírito dos menores abandonados e desvalidos"¹.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu um novo entendimento sobre a atuação do Juiz da Infância e Juventude. Explica Kazuo Watanabe: "o Estatuto perfilhou a tendência doutrinária que procura conferir ao juiz, cada vez mais, um papel ativo no processo. Isso conduz, por outro lado, à atenuação do formalismo processual"². Não se aplica modernamente, sobretudo no âmbito da Justiça da Infância e Juventude, o princípio da inércia do Juiz.

¹ Saul de Gusmão. *In Proteção à Infância*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1941, p. 81/82.

² Kazuo Watanabe. *In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* (coord. Cury, Amaral e Silva, Méndez). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 496.

No que concerne à competência disciplinar, toda a questão se resume em definir a natureza jurídica das "Portarias", indicada no Estatuto: de um lado o entendimento de que se trata de procedimento de Jurisdição voluntária; de outro, ato administrativo ordinatório, este último com as características e limites que lhes são próprios, fundados nos princípios de proteção da criança e do adolescente.

Leonardo Grecco, em obra que discute a "Jurisdição Voluntária Moderna", após distinguir as duas correntes que definem a natureza jurídica da "Jurisdição voluntária" - administrativa ou jurisdicional - conclui: "a jurisdição voluntária é muito heterogênea. Não há uma só jurisdição voluntária; há várias. Diversas são as funções do Juiz, diversos seus poderes, as atividades que exerce, os graus de estabilidade das decisões, os procedimentos"³.

O art. 149-ECA estabelece que é da competência da autoridade judiciária disciplinar, através de "Portaria", ou autorizar mediante "Alvará". Nesse aspecto o Direito brasileiro não adotou processo de codificação administrativa.

José Cretella Junior distingue dois tipos de Portarias:

"Portarias na órbita interna": dirigidas aos funcionários em geral ou a um único em particular. Fazem parte da organização funcional do Juízo, sujeita à organização Judiciária do Estado; não vemos a necessidade de o Ministério Público opinar neste tipo de ato administrativo ordinatório; "Portarias na órbita exterior": aquelas que se dirigem ao público; nesta hipótese, "a portaria reúne traços de generalidade e coatividade, mas não de novidade. Portaria não inova, não cria, não extingue direitos, não modifica, por si, qualquer impositivo de ordem jurídica em vigor". (...) "Interpreta o texto legal com fins executivos, desde as minúcias não explicitadas em lei".⁴

³ Leonardo Grecco. *In* Jurisdição Voluntária Moderna. São Paulo: Dialética, 2003, p. 155.

⁴ José Cretella Junior. *In* Curso de Direito Administrativo Brasileiro: de acordo com a Constituição vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 191.

Alerte-se que a competência disciplinar da Justiça da Infância e Juventude é tratada de formas diversas. A expressão "Portaria" é usada com finalidades diferenciadas.

O art. 191-ECA se reporta às "Portarias" que iniciam o procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não-governamental judiciária, podendo também ser iniciada pela autoridade judiciária por representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, na qual deve constar, necessariamente, o resumo dos fatos. Nessa hipótese, embora receba essa designação, sua natureza é investigatória e executiva no âmbito da prevenção e proteção. Os arts. 191/194-ECA prevêm procedimento próprio para esse fim.

A questão se mostra polêmica quando as portarias se apresentam como poder normativo da autoridade judiciária. O art. 149-I-ECA refere-se às "Portarias" e "Alvarás" no que concerne às diversões e aos espetáculos.

A proposta no sentido de que se trata de procedimento de jurisdição voluntária se aplica a certos tipos de portarias, sem afastar, no entanto a possibilidade de o magistrado, em decorrência de seu poder discricionário, e em situações especiais, poder, fundamentadamente, expedir-las.

Quando o Estatuto se refere ao "Alvará", estamos diante de um instrumento da licença ou da autorização. Ele é a forma, o revestimento exterior do ato; a licença e a autorização são o conteúdo do ato⁵. Como ato que visa a regular situação individual de certa e determinada pessoa, o Alvará no âmbito de aplicação da Justiça da Infância e Juventude deverá ser decorrente de decisão fundamentada.

Quanto às "Portarias", são inúmeras as definições das quais se podem tirar elementos comuns: a - são atos formais; b - oriundos da autoridade; c - no caso do Juiz da Infância e Juventude, são instrumentos para organizar e tornar públicas algumas determinações da autoridade, fundadas em lei.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro, referindo-se às resoluções e portarias como "formas de que se revestem os atos, gerais ou indivi-

⁵ Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *In Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 224.

duais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do executivo", destaca que "a diferença entre os vários tipos de atos está apenas na autoridade de que emanam podendo um e outro ter conteúdo individual ou geral, neste último caso contendo normas emanadas em matérias de competência de cada uma das referidas autoridades"⁶.

Entendemos que elas podem ser decorrentes de "procedimentos de jurisdição voluntária" ou serem expedidas como atos administrativos ordinatórios. Atendida a Organização Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado e em nome do poder discricionário que é próprio do Juiz da Infância e Juventude, não se pode recusar-lhe a possibilidade de, em situações especiais, expedir Portarias de caráter normativo, atendidas as formalidades especiais e os princípios legais, ouvido sempre o Ministério Público.

O parágrafo 1º do art. 149-ECA refere-se a fatores que devem ser considerados na expedição de Alvarás e Portarias, a citar:

- a) os princípios desta lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de freqüência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente à eventual participação ou freqüência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

No que concerne à participação em espetáculos públicos e seus ensaios ou certames de beleza (inciso II do art. 149-ECA), entendemos que não basta, nessa hipótese, a autorização dos pais ou responsável.

O parágrafo 2º do art. 149-ECA declara expressamente que "as medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral".

Alerte-se que algumas das situações indicadas no art. 149-ECA guardam certas características de generalidades: a) entrada em estádio, ginásio e campo desportivo; b) freqüência em bailes ou promoções dançantes; c) entrada em boate ou congêneres; d) freqüência

⁶ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 222/223.

em casa que explore diversões eletrônicas; e) frequência a estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

Não se pode confundir as portarias de caráter geral, ou seja, não previstas em lei, como autorizava o art. 8º do antigo Código de Menores, com as portarias de caráter genérico envolvendo as situações fundadas em lei, o que prevê os incisos do art. 149-I-ECA.

Valter Kenji Ishida, transcrevendo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, expressamente observa: "ao vetar as disposições gerais, entende-se que essa proibição diz respeito somente aos alvarás e não às portarias eis que inviável a análise particular quanto a estas".⁷

O Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, entendendo ser o art.149-I-ECA "procedimento de jurisdição voluntária", não afasta a possibilidade de o juiz "atento aos princípios estatutários, às peculiaridades locais, ao tipo de frequência habitual, proibir a entrada de crianças ou adolescentes em certos e determinados locais de diversões públicas".⁸

Alerte-se para a existência de realidades sociais e culturais vivenciadas nas pequenas comunidades, bem diversas de condições próprias dos grandes centros urbanos. Os Juízes da Infância e Juventude vivem as mais diversas situações exigindo-lhes cotidianamente enfrentar situações desconhecidas, apesar da experiência. Os problemas dos grandes centros são diversos daqueles existentes nas pequenas ou médias comunidades urbanas.

Como exemplo podemos citar a "Justiça da Infância, Juventude e Idoso" da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro; sob sua jurisdição estão presentes 79 abrigos, 374 entidades de apoio socioeducativo em meio aberto, 51 CIEPs Residências, 450 Creches.

No que concerne aos abrigos (art. 91-ECA), são inúmeras as exigências: registro no Conselho de Direitos, condições de instala-

⁷ Valter Kenji Ishida. *In Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 268/269.

⁸ Antônio Fernando Amaral e Silva. [1] *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* (coord. Cury, Amaral e Silva, Méndez). São Paulo: Malheiros, 2003 p. 491.

ções, de higiene, salubridade, segurança. Devem também ser adotados os princípios estabelecidos no art. 92-ECA.

Para as entidades de abrigos para crianças de 0 a 6 anos, por exemplo, e programas cujos regimes são os mesmos, não se pode afastar a possibilidade de regulamentação através de "diretrizes mínimas" de funcionamento fixadas através de procedimento de jurisdição voluntária, facilitando, dessa forma a fiscalização, com a participação permanente do Ministério Público. Esse deve ser o entendimento no que concerne às obrigações para entidades que desenvolvem programas de internação (art. 94-ECA) .

Não se justifica nessas hipóteses os procedimentos dos arts. 191/194-ECA que têm por objetivo a apuração de irregularidades. Neste caso, buscam-se condições prévias de orientação e prevenção, cujas providências devem ser tomadas, em nome dos princípios legais e constitucionais e da Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

Outrossim, não se pode afastar a efetiva participação do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, o qual, além de exercer as atribuições concernentes ao registro das entidades de atendimento e dos programas afetos à população infanto-juvenil deve ter uma participação ativa na fixação de diretrizes mínimas para funcionamento.

Alerte-se, ainda, para a elaboração de "Portarias Conjuntas" por iniciativa dos titulares de algumas Comarcas que guardam entre si certa similaridades de problemas e soluções.

Para isto, propõe um procedimento próprio, atendendo as peculiaridades que são comuns e finalmente, com a participação do Ministério Público, atendidas as formalidades indicadas no procedimento proposto por ele, ou seja, cada instituição é contemplada na decisão.

Nessa hipótese, justifica-se a aplicação do procedimento indicado pelo Promotor Murilo José Digiácomo, membro do Ministério Público do Estado do Paraná, citado por Angela Maria Silveira dos Santos, que representa um procedimento judicial específico para expedição de portarias; por razões de ordem prática, entende ser possível englobar vários casos em um único feito desde que cada qual apresente características semelhantes, seja devidamente

nominado quando de sua deflagração, individualmente vistoriado e sindicado ao longo de sua instrução e, ao final, tenha sua situação em particular devidamente analisada pela autoridade judiciária quando da fundamentação, sendo contemplado por item próprio na decisão que opta pela expedição da portaria disciplinadora respectiva"⁹.

Como medida de esclarecimento, não se pode impedir a expedição de "portarias" que visam a despertar a atenção do público que desconhece as leis existentes. Na realidade repetem apenas o que a lei já regulamenta, autoriza ou proíbe.

Opina Marcio Tadeu Silva Marques, membro do MP do Maranhão: "as portarias judiciais de caráter genérico, portanto, se justificam apenas com o sentido de trazer a pleno conhecimento dos jurisdicionados a norma legal estatal, traduzindo-a ao entendimento cotidiano da comunidade, no que pode atingir mais eficazmente aos cidadãos. (...) Prestam-se, nesta ótica, a meras reproduções de comandos legais cogentes, sem estabelecerem qualquer inovação, restringindo seus termos aos diplomas a que faz referência, sendo vedado ampliar o sentido restritivo das proibições ou amenizá-las a seu critério".¹⁰

O mesmo autor dá como exemplos: proibição de crianças acompanharem pais em ambientes de jogo, como a sinuca (art. 80 c/c 258-ECA e 247-I-CP), ou proibição de venda de bebidas alcoólicas a menores (arts. 81, inciso II, e 243 do Diploma Estatutário).

Essas Portarias não exigem a intervenção do Ministério Público por sua finalidade de elucidar e informar.

Existem situações especiais que podem exigir posicionamentos urgentes do Magistrado e que não podem esperar procedimentos formais. Cite-se, como exemplo, uma situação de risco que exija a desocupação imediata de uma instituição de abrigo; através de Portaria o Juiz determina a transferência das crianças para outro local. Hipóteses como esta devem ter a efetiva e imediata participação do

⁹ Murilo José Digjácomo *apud* Angela Maria Silveira dos Santos. *In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, 2006, p. 671.

¹⁰ Marcio Tadeu Silva Marques. "Melhor Interesse da Criança: do Subjetivismo ao Garantismo". *In Melhor Interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 476.

Ministério Público para providências que são de sua estrita competência; na ausência do *Parquet*, autorizam o Magistrado a tomar as providências cabíveis, dando ciência em seguida ao Ministério Público. Tratando-se de "situações emergenciais", o fator tempo deve ser considerado nesse tipo de portaria. Elas são temporárias!

Não se pode afastar o poder discricionário do Juiz. O art. 70-ECA estabelece que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Esclarece Hely Lopes Meirelles: "a discricção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido"¹¹.

Em nome da discricionariedade que lhe é peculiar, prevê expressamente o art. 153-ECA que "se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público". Autoriza, portanto, através da informalidade, os procedimentos verificatórios de situações não previstas e providências diversificadas para atender circunstâncias peculiares, fundadas em leis, com a oitiva do Ministério Público.

Diante da omissão da lei, o art. 4º da "Lei de Introdução ao Código Civil" diz que o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito. O art. 1.107-CPC, dentre as "Disposições Gerais" concernentes aos "Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária", autoriza o Juiz a "investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas". Da mesma forma, o art. 130-CPC autoriza o juiz a determinar, de ofício ou a requerimento das partes, as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Em alguns Estados brasileiros, na área da infância e juventude, institucionalizaram iniciativas conhecidas como "pedidos de pro-

¹¹ Hely Lopes Meirelles. *In* **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170.

vidências" ou "procedimentos de apuração de situação de risco", por iniciativa do Poder Judiciário ou do Ministério Público. No Estado do Rio de Janeiro, são frequentes os procedimentos identificados por "Procedimento de Aplicação de Medida Protetiva" - PAMP, de iniciativa do Ministério Público. Ressalte-se que o referido procedimento não tem previsão legal.

Alerte-se que o Estatuto prevê procedimentos para situações especiais: o art. 155 e segs.-ECA estabelecem procedimentos para Suspensão e Perda do Poder Familiar; os arts. 165 e segs.-ECA fixam procedimentos para colocação familiar; os art. 171 e segs.-ECA indicam procedimentos de apuração do ato infracional.

Embora o art. 95-ECA preveja a competência da Justiça da Infância e Juventude, juntamente com o Ministério Público e o Conselho Tutelar, para fiscalizar entidades, não houve previsão de procedimentos pertinentes. Por isso a atribuição especial do art. 153-ECA - quando não previsto procedimento, cabe providências para investigar os fatos e ordenar de ofício, ouvido o Ministério Público.

Atente-se, também, que a competência disciplinar do Juiz da Infância e Juventude está sujeita a "limites", sempre fundados nos princípios estatutários e constitucionais.

Além da competência em razão da matéria e do lugar definidas no Estatuto, devemos ter clara a "possibilidade" dos atos jurisdicionais; o objeto da portaria deve ser suscetível de ser realizado. O motivo e justificativa representam situações de fato ou de direito que devem guardar compatibilidade entre si.

O Juiz deve ter também presentes os princípios estatutários e legais previstos; o "princípio do melhor interesse da criança" é reconhecido como princípio constitucional por força do parágrafo 2º do art. 5º-CF.

Identificados os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente previstos no art. 227-CF e, finalmente, atendido o princípio da dignidade humana, não se pode afastar a competência da autoridade judiciária para providências que julgar necessárias e oportunas.

Também o art. 6º-ECA estabelece que "na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigên-

cias do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Sobre esta condição peculiar completa Antônio Carlos Gomes da Costa: "a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades sociais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, a sua maneira, o período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado".¹²

A "Doutrina Jurídica da Proteção Integral" deve ser também norteadora das decisões judiciais; Paulo Afonso Garrido de Paula, defendendo uma Tutela Jurisdicional Diferenciada para Infância e Juventude, refere-se à proteção integral como "um conjunto de normas jurídicas concedidas como direitos e garantias frente ao mundo adulto, colocando os pequenos como sujeitos ativos de situações jurídicas. A moral e valores sociais são apenas elementos informadores ou determinantes da lei, devendo ser afastada qualquer consideração extrajurídica permissiva da intromissão de outros componentes da definição de seu conteúdo"¹³.

Não se pode afastar a atuação do Ministério Público na expedição de Alvarás e emissão de Portarias, por força dos arts. 202/205-ECA, quando deverá ser ouvido. Não lhe cabe referendar, mas "opinar". Além das hipóteses em que é legítima a iniciativa de ações, para promover inquéritos e investigações, manifestar-se favorável ou contrariamente à pretensão ou interesse das partes, fazer exigências pertinentes ao caso e recorrer das decisões contrárias aos interesses públicos e institucionais. Caso não opine oportunamente, poderá o juiz requisitar os autos para prosseguir no feito e dar as providências que julgar necessárias.

Alerte-se para o art. 199-ECA ao determinar que cabe recurso de Apelação "das decisões" proferidas contra portarias previstas no

¹² Antônio Carlos Gomes da Costa. *In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* (coord. Cury, Amaral e Silva, Méndez). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53.

¹³ Paulo Afonso Garrido de Paula. *In Direito da criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

art. 149-ECA baixadas pelo Juiz da Infância e Juventude. O Estatuto diz expressamente que cabe o apelo das "decisões" e não das Portarias!

Apesar de questionada sua aplicabilidade, não se pode afastar a possibilidade de Mandado de Segurança contra Portaria Judicial, se comprovada a lesão de direito líquido e certo do cidadão, na forma do art. 5º - LXIX-CF. Não havendo "decisão" decorrente da Portaria, também caberá ao Ministério Público o mesmo recurso. Não se pode excepcionar esta medida, sobretudo se está presente a violação do princípio da "motivação das decisões judiciais", estabelecido no art. 93-IX-CF. Mesmo as decisões de natureza administrativa também devem ser fundamentadas.

Dessa forma, podemos concluir que:

a - Tratando-se de Portarias na "órbita interna", dos Juizados da Infância e Juventude, atendidos os princípios da Organização Judiciária do Tribunal de Justiça, são atos discricionários da autoridade judiciária competente, os quais independem da aprovação do Ministério Público. Trata-se de competência tipicamente administrativa do Titular do Juízo para disciplinar a atuação dos servidores e organizar, administrativamente, o serviço do Cartório.

b - Tratando-se de Portaria na "órbita exterior", devem ser reconhecidas vários tipos de Portarias e devem ser respeitadas as situações estabelecidas.

b -1- As "Portarias normativas" previstas no art. 149-ECA pertinentes às diversões e espetáculos que guardam certas características de generalidades, podem ser disciplinadas de forma geral (horário, idade permitida, etc.). No entanto, exigirão obrigatoriamente alvarás individuais à participação de criança e adolescente em espetáculos públicos e seus ensaios e certames de beleza. Em princípio, são dispensados de Alvarás e Portarias os eventos que se realizam nos lougradouros públicos.

b -2 - As "Portarias Esclarecedoras" restringem seus termos aos diplomas a que faz referência, sendo vedado ampliar o sentido restritivo das proibições ou amenizá-las a seu critério. Dispensa-se a manifestação do Ministério Público.

b -3 - As "Portarias Normativas Diretivas" têm o objetivo de fixar diretrizes mínimas para situações assemelhadas, devendo ser

regulamentadas, através de procedimento de jurisdição voluntária, sempre com a oitiva do Ministério Público antes de sua expedição.

b-4 - As "Portarias emergenciais" que visam atender situações de urgência autorizam ao juiz sua expedição sem a oitiva prévia do *Parquet*, dando ciência no mesmo ato ao Ministério Público, convocando-o para outras providências que são de sua estrita competência. São geralmente temporárias.

b -5 - As "Portarias conjuntas" devem ser emitidas a partir de procedimento de jurisdição voluntária, a exemplo daquele proposto por Murilo José Digiácomo, sempre acompanhado pelo Ministério Público.

b -6 - As "Portarias Executórias" estão previstas expressamente no art. 191-ECA com a finalidade de iniciar a apuração de irregularidades em entidade governamental ou não-governamental.

c - No âmbito do seu poder discricionário, pode o Juiz de Infância e Juventude, ouvido o Ministério Público, orientado pelos princípios legais e doutrinários, fundamentando-se, quando oportuno, no art.153-ECA, investigar fatos e ordenar de ofício as providências que julgar necessárias.

d - Não se pode afastar a competência do Conselho de Direito da Criança e do Adolescente, num trabalho articulado, para participar, também, da elaboração dos critérios para a fiscalização, além de suas atribuições para registro de entidades de atendimento (art. 91-ECA).

e - Alerta-se, finalmente, que o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação CNJ nº 5, de 4 de julho de 2006, advertiu sobre a conveniência do estudo da viabilidade da criação de Varas Especializadas em Direito de Família, Sucessões, Infância e Juventude, e de Câmaras ou Turmas com competência exclusiva ou preferencial sobre tais matérias. Esta iniciativa propiciará ao julgador maior aprofundamento na especialidade e dinamizará a prestação jurisdicional, sem pôr em dúvida a diversidade do assunto. ▣

Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais*

Rodrigo Brandão

*Procurador do Município do Rio de Janeiro.
Mestre em Direito Público pela UERJ.
Professor de Direito Constitucional da EMERJ,
do IBMEC, do CEJ, e do Praetorium.*

1. INTRODUÇÃO. PRELIMINARES TEÓRICAS. NORMA E ENUNCIADO NORMATIVO

A circunstância de a Constituição de 1988 haver positivado como cláusulas pétreas, entre outras matérias, os "direitos e garantias individuais", traz uma série de questões hermenêuticas relevantes.¹ Destacam-se as indagações referentes à possibilidade jurídica, ou não, de emendas constitucionais alterarem os dispositivos que prevêm tais direitos; em caso positivo, se tais alterações só seriam cabíveis se destinadas a aprimorar a tutela dos direitos individuais ou, se, ao revés, intervenções de caráter restritivo também seriam admissíveis; e, por fim, caso se responda afirmativamente também à última questão, resta saber quais seriam os limites impostos a tais

* Este artigo é dedicado a Ana Paula Quintanilha, que, ao compartilhar comigo o seu amor e a sua alegria intensa, torna a minha vida mais feliz e faz de mim uma pessoa melhor.

¹ Parte-se da premissa, compartilhada pelo STF no julgamento da ADIn nº 939-DF, de que a expressão "direitos e garantias individuais", inserta do art. 60, § 4º, IV, da Constituição, deve ser lida como direitos fundamentais, abrangendo inclusive os não positivados formalmente no respectivo catálogo constitucional, mercê da cláusula materialmente aberta contida no art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. V. ADIn nº 939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151, p. 755, assim ementada: "I - Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função própria é a guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF)."

restrições. O adequado tratamento dessas questões - objeto central do presente artigo - pressupõe, todavia, o esclarecimento de algumas premissas teóricas.

A primeira dissociação que se impõe se refere aos conceitos de dispositivo e de norma. Efetivamente, uma das pedras de toque da moderna hermenêutica jurídica consiste na noção de que o dispositivo ou texto normativo é objeto da atividade interpretativa, enquanto as normas são o resultado deste processo, é dizer, o sentido construído a partir da interpretação dos textos normativos. Daí não haver correspondência necessária entre dispositivo e norma, pois não se afiguram verdadeiras as assertivas de que sempre que houver um dispositivo há uma, e somente uma, norma, bem como de que toda norma corresponde a um único dispositivo. Com efeito, há casos (i) em que são identificadas normas sem o correlato dispositivo (princípios implícitos; v.g.: princípio da proteção da confiança); (ii) há dispositivos que não contêm normas (proteção de Deus, prevista no preâmbulo da Constituição de 1988); (iii) há dispositivos que contêm mais de uma norma (do art. 150, I, CF/88 - exigência de lei para instituição e aumento de tributos - decorrem os princípios da legalidade, da tipicidade, proibição de regulamentos autônomos e vedação à delegação legislativa); e, enfim, (iv) há casos em que é necessária a aglutinação de diferentes dispositivos para a formação de uma só norma (constrói-se o princípio da segurança jurídica a partir dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade).²

Do exposto é possível inferir que a *mera modificação, por emenda constitucional, de dispositivo referente a direito fundamental não traduz, necessariamente, eiva de inconstitucionalidade*,³ porquanto não gera, de *per se*, prejuízo ao conteúdo ou à tutela do direito fundamental respectivo. Ao contrário, a eventual invalidade da intervenção legislativa há de derivar da sua repercussão sobre o

² Esta formulação, assim como os exemplos utilizados, são da lavra de Humberto Ávila. V. ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 22/23.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988". *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 12, nº 46, jan/março/2004, p. 333/395; MENDES, Gilmar Ferreira. Plebiscito - EC 2/92 (Parecer), *Revista Trimestral de Direito Público*, 7/105/1994, p. 108 *et seq.*

conteúdo da norma de direito fundamental. Contudo, cumpre repisar a indagação a respeito de as inovações incidentes sobre as normas de direitos fundamentais terem a sua constitucionalidade limitada às hipóteses de incremento da proteção ou de mera configuração do direito, ou, se, ao contrário, efetivas restrições são também toleradas. À guisa de esclarecimento, convém salientar que se utiliza o termo configuração para designar as intervenções legislativas destinadas, meramente, a densificar, regulamentar, ou concretizar o conteúdo normativo do direito, "realizada(s) por meio do detalhamento de seu conceito, da especificação de suas formas de exercício e do estabelecimento de garantias processuais aptas a afastá-lo."⁴ Já restrição se refere à efetiva redução do âmbito inicialmente protegido das posições jurídicas fundamentais,⁵ pois o que era conteúdo do direito antes da restrição, deixa de sê-lo após a sua efetivação.⁶

Cumpre ressaltar que a metodologia jurídica contemporânea oferece respostas contraditórias acerca da possibilidade da introdução de restrições constitucionalmente legítimas aos direitos fundamentais. Digladiam-se, no particular, as chamadas teorias interna e externa, as quais serão delineadas, de forma esquemática e simplificada, nas seguintes linhas.

2. A VIABILIDADE JURÍDICA DE O LEGISLADOR (CONSTITUINTE-REFORMADOR OU ORDINÁRIO) IMPOR RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. O EMBATE ENTRE AS TEORIAS INTERNA E EXTERNA

A teoria interna considera corolário lógico dos conceitos de rigidez e de supremacia constitucional a negativa da possibilidade de o legislador imprimir efetivas restrições aos direitos fundamentais, porquanto tal medida subverteria a hierarquia das fontes do direito, implicando supervalorização da lei e de normas infraconstitucionais em detrimento das normas constitucionais, com

⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 272.

⁶ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 69.

as quais aquelas seriam diretamente sopesadas.⁷ Com efeito, estando os direitos fundamentais protegidos por normas constitucionais, a admissão de que a lei, espécie normativa hierarquicamente inferior àquelas, restrinja direito fundamental, parece contrastar com a supremacia da Constituição sobre as demais normas.

Pelas mesmas razões, poder-se-ia argumentar que o reconhecimento da viabilidade de o constituinte reformador introduzir efetivas limitações nas cláusulas pétreas representaria a confissão da sua inocuidade, já que tais cláusulas foram concebidas, precisamente, como limites materiais ao poder de reforma da Constituição. De conseguinte, caberia tão-somente ao legislador (ordinário ou constituinte-reformador) configurar os direitos fundamentais, especificando-os dentro do conteúdo constitucionalmente previsto. Só há de admitir-se em seu favor a prerrogativa de, efetivamente, efetuar restrição a direito fundamental, quando a própria Constituição contiver expressa autorização para tanto.⁸

Saliente-se, por relevante, que a teoria interna pressupõe a existência de um direito com conteúdo predeterminado constitucionalmente, de maneira que toda posição que exceda tal âmbito de proteção não será objeto de tutela jurídica. Assim, cumpre ao aplicador do direito a tarefa de verificar se o "conteúdo aparente do direito" é também o seu "conteúdo verdadeiro", promovendo, apenas aparentemente, um exame bifásico, semelhante ao preconizado pela teoria externa. Com efeito, em ambos os casos verifica-se, inicialmente e à luz do caso concreto, se o conteúdo aparente (ou *prima facie*, segundo a teoria externa) do direito foi afetado; em seguida, deve-se decidir se o conteúdo aparente do direito coincide com o seu conteúdo verdadeiro (ou definitivo, segundo a teoria externa).

A diferença fundamental consiste em que o conteúdo aparente não abrange posições juridicamente protegidas, mas se cuida sim-

⁷ Esta assertiva de Friedrich Muller foi colhida por PULLIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante ao legislador. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales, 2003, p. 444.

⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 140. A constitucionalista carioca ressalva, contudo, que este ponto é controvertido entre os adeptos da teoria interna. Posicionam-se no sentido assinalado no corpo do texto, Friedrich Muller e Ignácio Otto y Pardo; em sentido diverso, Antonio Luis Martinez Pujalde.

plesmente de artifício destinado a elucidar o conteúdo predeterminado constitucionalmente, enquanto o conteúdo *prima facie* oferece, inicialmente, proteção jusfundamental, que é afastada por norma restritiva, decorrente da prevalência em concreto de outros direitos ou princípios constitucionais. Em uma só palavra: quem invoca um direito aparente atua sem direitos, e não com direitos restrin- gidos por outros direitos ou valores constitucionais.⁹ Não há que se falar, portanto, em recortes ao conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental impostos por outros direitos ou princípios (limi- tes externos), mas apenas de limites intrínsecos aos direitos (limites internos ou imanentes), que excluem determinadas situações do seu âmbito de proteção.¹⁰

Os limites internos, assim,

*"não são barreiras ao exercício do direito que reduzem o seu espaço natural e original, mas (...) fronteiras que delimitam o seu conteúdo, de sorte que fora dele não há nem nunca houve direito". Os limites externos, por sua vez, teriam origem na necessidade de harmonizar os conflitos entre direito fundamen- tal e outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais. Seriam, portanto, impostos desde fora do direito fundamental, (...) não estando determinados pela conceitualização do direi- to em jogo, como no caso dos limites internos (...)."*¹¹

A consequência do que se expôs é que a teoria interna nega os conflitos entre direitos fundamentais e, por conseguinte, a pon- deração de interesses como método apto a solvê-los. Considera, por sua vez, que a aplicação dos direitos fundamentais deve se dar mediante a identificação do conteúdo constitucionalmente estabelecido, e a verificação da sua adequação concreta à situa- ção em tela, utilizando-se, notadamente, os elementos sistemáti-

⁹ BOROWSKI, Martin. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 269.

¹¹ CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: EUNSA, 2000, p. 227. O trecho referente aos limites internos foi colhido por Cianciardo de RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. *La razón de los derechos*, p. 69/70.

co e teleológico.¹² A bem da verdade, convém destacar que o *leitmotiv* da teoria interna consiste em frontal crítica ao subjetivismo que seria inerente à técnica da ponderação de bens, o qual causaria prejuízo à segurança jurídica e ao princípio democrático, porquanto juízes despidos de legitimidade democrática editariam, a *posteriori* e sem qualquer parâmetro objetivo, a norma jurídica concreta destinada a reger a hipótese que lhe foi submetida. Consideram, inversamente, que o processo de verificação da adequação dos fatos ao conteúdo constitucionalmente protegido conferiria maior objetividade e racionalidade à atividade judicial, reduzindo o risco de decisionismo.¹³

Saliente-se, por fim, que os adeptos da teoria interna sustentam que a teoria externa, ao alargar sobremaneira o âmbito de proteção inicial dos direitos fundamentais, considerando que as situações aí inseridas somente perderiam a proteção jusfundamental mediante restrição imposta por outros direitos fundamentais ou por princípios constitucionais, geraria, de uma só vez, (i) "uma inflação de direitos fundamentais", que debilitaria a sua força normativa, (ii) uma "multiplicação de litígios jusfundamentais", muitos deles alusivos a "falsos casos constitu-

¹² Em preciosa síntese, salienta Ana Paula de Barcellos que, dentre os autores que negam - total ou parcialmente - a realidade dos conflitos normativos, há, basicamente, duas propostas alternativas à ponderação, quais sejam, as teorias dos limites imanentes (t.1) e da conceptualização (t.2). A teoria dos limites imanentes (t.1) "sustenta que cada direito apresenta limites lógicos, imanentes, oriundos da própria estrutura e natureza do direito e, portanto, da própria disposição que o prevê", qualificando-se, portanto, como limites internos. O delineamento desses limites, contudo, é feito de forma "quase intuitiva e está relacionada com a evidência desses limites para o senso comum". Por outro lado, os conceptualistas (t.2) salientam que a admissão de que os direitos fundamentais colidam entre si e com outros princípios constitucionais que veiculam bens coletivos ou finalidades públicas, parte de uma premissa individualista e liberal, que se revela equivocada por superlativar o âmbito de proteção desses direitos em detrimento da sua finalidade social e da sua historicidade. Assim, preconizam que o intérprete persiga o conceito do direito para além da literalidade do dispositivo que o consagra, em cuja tarefa deverá atentar para "a função social e histórica do direito e seus fins lógicos, além da própria necessidade de convivência com outros direitos. Uma vez delineados os conceitos dos diferentes direitos, não haverá conflito entre eles ou entre eles e exigências associadas ao interesse coletivo." Desta feita, assim como os autores que esposam a teoria dos limites imanentes, os teóricos do conceptualismo afastam as idéias de conflitos e de limites externos aos direitos fundamentais, muito embora se perceba distinção relevante na demarcação dos limites internos dos direitos fundamentais, conforme pode se inferir do diferente itinerário percorrido no delineamento dos limites imanentes (t.1) e dos conceitos dos direitos fundamentais (t.2), tal qual exposto linhas acima. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 57/66.

¹³ OTTO Y PARDO, Ignacio de. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades: La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la constitución". In: MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid: Civitas, 1992, p. 123/124.

cionais", da qual decorreria (iv) uma ampliação excessiva das competências da Corte Constitucional.¹⁴

Singularmente ilustrativo do alvitrado inflacionamento dos direitos fundamentais é o exemplo do artista que resolve realizar uma pintura em um cruzamento de ruas bastante movimentado, da lavra de Friedrich Muller.¹⁵ Apesar de a atividade de pintar, enquanto tal, ser objeto de proteção da liberdade artística, a ação específica de pintar em um cruzamento com tráfego intenso não se amolda ao âmbito normativo desta liberdade fundamental, de maneira que a lei que proíba tal atividade não se consubstanciará em medida restritiva de direito fundamental, mas simplesmente em norma que estatui obrigação para além do conteúdo constitucionalmente protegido da liberdade artística. Evitam-se, assim, as pseudocolisões, e todos os prejuízos delas decorrentes à segurança jurídica, ao princípio democrático, à força normativa dos direitos fundamentais e à excessiva ampliação das competências das Cortes Constitucionais.

Enquanto a teoria interna pressupõe a existência de um único objeto jurídico, qual seja, o conteúdo verdadeiro do direito, constitucionalmente estabelecido e apenas configurado pelo legislador, a teoria externa trabalha com dois objetos jurídicos: o direito *prima facie* e a restrição a tal direito, tendo-se como resultado desta interface o direito definitivo. O processo de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais seria, portanto, efetivamente bifásico: primeiro,

¹⁴ CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: EUNSA, 2000, p. 245/246.

¹⁵ MULLER, Friedrich. *Die positivitat der grundrechte*, p. 74 *apud* ALEX. Robert. *Op. cit.*, p. 303 *et. seq.* Muller funda a sua auto-intitulada "teoria estrutural pos-positivista da norma jurídica" na distinao entre norma e texto normativo. Assim, a interpretaao do texto da norma, mediante o emprego dos elementos gramatical, histórico, genético, sistemático e teleológico e dos princípios de interpretaao constitucional, revelaria apenas o "programa normativo". Após a definiao do "programa normativo", a atividade de concretizaao da norma pressuporia que o intérprete atentasse também para o "ambito normativo", elemento normativo de igual hierarquia àquele, que se consubstanciaria no setor da realidade social abrangido pela regulamentaqao jurídica. V. MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2 ed. Sao Paulo: Max Limonad, 2000. Especificamente quanto aos direitos fundamentais, salienta Muller: "Los derechos fundamentales son garantías de proteccion objetivamente acunadas, de determinados complexos individuales y sociales concretos de accion, organizacion y de materias. Estos 'ámbitos materiales' son constituidos en 'ámbitos normativos' por el reconocimiento y garantía de la libertad constitucionales dentro del marco de la regulacion normativa, del 'programa normativo' iusfundamental. Los ámbitos normativos participan en la normatividad práctica, es decir, son elementos codeterminantes de la decision jurídica". MULLER, Friedrich. *Die positivitat der grundrechte*, p. 11 *apud* ALEX. *Op. cit.*, p. 74/75. Para uma análise mais detida do método normativo-estruturante de Muller, V. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdiao constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197/208.

verifica-se se a situação em apreço insere-se, ou não, no conteúdo *prima facie* do direito; constatado o acoplamento, indaga-se, então, se o direito *prima facie* foi restringido, no caso concreto, por limites externos impostos por outros direitos ou princípios constitucionais, de forma a excluir-se a presença de um direito definitivo.¹⁶ Assim, uma situação concreta somente será considerada permitida na hipótese de amoldar-se ao conteúdo *prima facie* do direito e de não ser albergada por restrição.¹⁷

Salienta, com acuidade, Jane Reis Gonçalves Pereira que:

*“Na primeira fase, o intérprete deve determinar, da forma mais ampla possível, as diversas faculdades e posições jurídicas que decorrem do direito fundamental em jogo. Trata-se de verificar, à luz do dispositivo que assegura o direito, seu ‘conteúdo inicialmente protegido’, sem tomar-se em consideração se outros direitos individuais ou interesses comunitários podem ser afetados ou restringidos. A leitura da norma, nessa etapa, deve ser a mais ampliativa possível. Sem embargo, devem ser levadas em consideração as limitações estabelecidas no próprio preceito que outorga o direito (por exemplo, a esfera de proteção do direito de associação só ampara as constituídas para ‘fins lícitos’, vedando, **ab initio**, as de caráter paramilitar)”*.¹⁸

Na segunda etapa, por sua vez, caberia sopesar o direito *prima facie* com direitos ou princípios constitucionais contrapostos, utilizando-se de um raciocínio ponderativo, guiado especialmente pelo princípio da proporcionalidade, tendo por fim identificar o direito definitivo. "São traçados, assim, os limites definitivos do direito, os quais, para essa concepção, são limites externos, já que resultam do "recorte" do conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental."¹⁹

¹⁶ BOROWSKI. Martin. *Op. cit.*

¹⁷ ALEXY. Robert. *Op. cit.*, p. 298.

¹⁸ PEREIRA. Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 147.

¹⁹ *Ibid.*

Assim, voltando ao exemplo do artista que resolver pintar em um cruzamento movimentado, a teoria externa considera que o ato, em si, de pintar se insere no conteúdo *prima facie* da liberdade artística, sem olvidar, contudo, a perturbação do fluxo do tráfego e o perigo aos cidadãos causados por tal atividade. Tais razões, decorrentes do maior peso específico assumido no caso concreto pelo direito à integridade física de terceiros e por princípios "comunitários" como a rapidez do trânsito, justificam a restrição da liberdade artística e, via de conseqüência, a proibição concreta da pintura em exame.²⁰ Percebe-se, portanto, que se atinge idêntico resultado - proibição concreta da pintura no cruzamento -, embora se percorra itinerários argumentativo e metodológico díspares.

Note-se, contudo, que a teoria externa parte de uma concepção de conteúdo de direito (*prima facie*) mais alargada do que a noção de conteúdo de direito (verdadeiro) esposada pela teoria interna, porquanto, efetivamente, insere naquele primeiro âmbito situações concretas excluídas do último. Considerando, todavia, que a questão relativa a saber se uma determinada atividade está efetivamente protegida por direito fundamental não se reconduz a respostas intermediárias entre o sim ou o não, a circunstância acima salientada não assumirá, necessariamente, divergência de resultados. Isto porque, apesar de a teoria externa considerar que uma forma de ação será jusfundamentalmente protegida se restar preenchido o âmbito de proteção *prima facie* do respectivo direito e não se verificar restrição, a teoria interna chegará a idêntica conclusão na hipótese de a situação concreta se amoldar ao conteúdo do direito demarcado por seus limites internos. Ora, se é fato que as restrições tendem a ser tanto mais amplas quanto mais abrangente for a definição do âmbito de proteção inicial, a teoria externa acaba por atingir conteúdo definitivo que tende a se aproximar do conteúdo verdadeiro preconizado pela teoria interna.²¹

²⁰ *Ibid.*, p. 304/306.

²¹ A constatação é de W. BERG. *Konkurrenzen shrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes*, Berlin, 1986, *Apud* ALEXY. Robert. *Op. cit.*, p. 299. Alexy, todavia, salienta que a amplitude do conceito de direito e das restrições é uma questão normativa, voltando-se a uma teoria de construção do conteúdo dos direitos, que apenas residualmente apresenta implicações normativas.

A questão fulcral, portanto, reside em saber qual instrumental teórico confere maior objetividade e racionalidade à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, objetivos comuns àqueles que se debruçam sobre as potencialidades e as dificuldades inerentes à hermenêutica jurídica.

Várias razões conduzem à adoção da teoria externa. A primeira concerne à questão da estrutura das normas de direitos fundamentais. Neste ponto, cumpre salientar que a teoria interna, ao renunciar aos limites externos em favor dos internos, considera que a aferição da proteção jusfundamental de uma situação jurídica se dará mediante a sua adequação ao conteúdo do direito, em cuja operação hermenêutica exercerão notável relevo os elementos semântico, teleológico e sistemático. Todavia, a irrestrita recusa a restrições não expressamente autorizadas pela Constituição só seria factível se os direitos fundamentais fossem concebidos como regras ou comandos definitivos, aplicáveis segundo a lógica do "tudo ou nada", enfim, desde que não fossem descritos segundo a forma fluida que se costuma encontrar nas Declarações de Direitos, mas com a extensão e o detalhamento das normas de um Código.²²

Revela-se, entretanto, largamente compartilhada no publicismo contemporâneo a perspectiva de que os catálogos constitucionais de direitos fundamentais possuem normas de densidades distintas, veiculando princípios e regras. A Constituição de 1988, por sua vez, claramente, contém direitos fundamentais veiculados sob a forma de princípios (igualdade, liberdade, segurança jurídica etc.) e sob a forma de regras (art. 5º, LXIII, da CF/88: o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...), art. 5º, LXIV: direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão por seu interrogatório policial etc.).

Para além de não se amoldar aos catálogos de direitos fundamentais insertos nas Constituições contemporâneas, a teoria interna apresenta sérias deficiências hermenêuticas. Há de reconhecer-se, contudo, que a noção de que a aplicação de direitos fundamentais resumir-se-ia à adequação da situação em tela ao seu conteúdo

²² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 130 et seq.

predefinido constitucionalmente, se revela, no plano teórico, em estrita consonância à rigidez e à supremacia da Constituição. Evita-se, assim, que o legislador e o julgador, com lastro em pautas fluidas como a ponderação e a proporcionalidade, e a pretexto de restringir os direitos fundamentais, venham efetivamente a malferir a sua essência. Todavia, a circunstância de os direitos fundamentais positivados sob a forma de princípios (i) possuírem baixa densidade normativa, (ii) freqüentemente colidirem sob a égide de Constituições compromissórias, e (iii) ostentarem uma dimensão moral que é objeto de sérias controvérsias nas sociedades contemporâneas etc., revela que há casos difíceis em que tal proposta hermenêutica de caráter conceitualista não se afigura suficiente para prover a racionalidade e a objetividade prometidas pela teoria interna à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

Ao revés, é exatamente a partir da análise dos casos difíceis que se verifica que esta perspectiva conceitualista parte de um otimismo excessivo a respeito das potencialidades hermenêuticas do delineamento do conceito constitucionalmente estabelecido dos direitos fundamentais, acabando por promover uma excessiva simplificação da atividade relativa à sua interpretação e aplicação que, antes de superar as dificuldades inerentes à indeterminação e à conflituosidade próprias dos princípios, oculta o problema. Tal circunstância, por paradoxal que soe, faz com que a teoria interna torne mais intenso o risco de decisionismo contra o qual se insurgira, porquanto abre mão de pautas argumentativas aptas a prover mínima racionalidade a tal atividade interpretativa - notadamente a ponderação, a proporcionalidade e a proteção do núcleo essencial.

A par disto, a teoria interna desonera o intérprete do intenso ônus argumentativo que faz parte do processo ponderativo,²³ pois este não possuirá o dever de reproduzir o inexpugnável aspecto valorativo da decisão na sua fundamentação, tornando-o insuscetível de controle intersubjetivo, isto é, da aferição da sua plausibilidade pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Por outro lado,

²³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 70.

especificamente no que concerne à problemática dos conflitos entre direitos fundamentais, a solução alternativa de promover uma hierarquização apriorística e absoluta de uns direitos em detrimento de outros se coloca em frontal incompatibilidade com o princípio da unidade da Constituição,²⁴ para além de desconsiderar a impossibilidade de serem resolvidos em tese, e mediante os clássicos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, os conflitos entre princípios constitucionais.²⁵

Não é à toa que os adeptos da teoria interna opõem à teoria externa hipóteses em que a situação concreta em análise se afasta, nitidamente, da proteção jusfundamental. Com efeito, embora pareça estreme de dúvidas que pintar em cruzamentos movimentados, matar um ator no palco, promover sacrifícios humanos em cerimônias religiosas etc., não sejam objeto de proteção efetiva pelas liberdades artística e religiosa, respectivamente,²⁶ não se afiguram tão cristalinas as diversas situações concretas em que os direitos à intimidade, à privacidade e à honra se opõem às liberdades de informação e de expressão.²⁷ Que dirá as complexas questões afetas à relativização da coisa julgada, à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, às políticas de ação afirmativa, e, mais amplamente, à aferição do *discrimen* eleito pelo legislador nos casos relativos à aplicação do princípio da igualdade? Parece claro que a busca de uma solução minimante consistente nestas hipóteses não prescinde do método da ponderação, dos princípios da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial, e, sobretudo, do especial ônus argumentativo neles implicado.

Já se salientou acima que a teoria externa atribui ao âmbito de proteção inicial do direito fundamental uma abrangência mais ampla do que a conferida ao conteúdo definitivo pela teoria interna, de

²⁴ *Ibid.*, p. 41 *et seq.*

²⁵ Conferir, a propósito, a obra seminal de SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000. Sobre a solução de conflitos entre regras, ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

²⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, p. 175.

²⁷ Ver FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

maneira que o caso da pintura no cruzamento será considerado uma hipótese de restrição à liberdade artística, mercê do maior peso específico de princípios comunitários, ao invés de concebê-lo como um simples caso de não-incidência do referido direito fundamental. Resta saber, contudo, se procede, no particular, a crítica de que a teoria externa promoveria um inflacionamento dos casos de direitos fundamentais, e notadamente das colisões entre eles.

Neste ponto, cumpre repisar que não há vinculação entre maior proteção *prima facie* e proteção definitiva, pois a abrangência das restrições costuma ser diretamente proporcional à primeira. Ademais, com o perdão do truísmo, é bem de ver que a circunstância de uma situação concreta inserir-se no âmbito de proteção *prima facie* não significa que será objeto de proteção definitiva, mas tão-somente que a restrição deverá ser justificada mediante a demonstração de que outros princípios de igual hierarquia possuem, à luz do caso concreto, maior peso específico. A elucidação das razões que afastam o direito fundamental *prima facie*, e o seu confronto com razões contrárias - algo que não é feito pela teoria interna - consiste em imperativo de racionalidade da argumentação jurídica.²⁸ Cuidase, portanto, de superar a deficiência de fundamentação da teoria interna, pois, conforme a salutar advertência de Carlos Bernal Pullido:

“Pelo fato de falar-se em delimitação, não se suprime o risco de que intervenções legislativas possam vulnerar o conteúdo dos direitos fundamentais. (...) Chame-se de delimitação ou de restrição, o importante é ter claro que o legislador intervém nos direitos fundamentais e que toda intervenção legislativa deve estar sujeita a controle”.^{29/30}

²⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 305/306.

²⁹ PULLIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*

³⁰ Não há sombra de dúvidas, contudo, de que o modo de proceder da teoria externa aumenta o número de casos suscetíveis de resolução pela ponderação. Alexy sustenta que tal assertiva não deve ser valorada negativamente, iniciando a sua “defesa” através da dissociação entre casos reais e aparentes de direitos fundamentais. Esclarece, por sua vez, que um caso potencial de direito fundamental seria aquele em que, certamente, poderia se utilizar uma argumentação jusfundamental (i.e. ponderação), mas esta seria totalmente supérflua porque não há nenhuma dúvida no tocante à admissibilidade jusfundamental da solução jurídica ordinária. Já os casos reais seriam aqueles em que há fundada dúvida acerca da sua efetiva proteção jusfundamental, de maneira a impor-se, pelos motivos acima

Por todo o exposto, ante a prevalência dos princípios entre as normas de direito fundamental, em cujo delineamento concreto avulta um espaço de indeterminação, parece patente a insuficiência de aferições puramente conceituais e apriorísticas, e, inversamente, a relevância do emprego do método ponderativo e dos princípios da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial, com o fito de conferir mínima racionalidade à atividade judicial nesse particular.

3. AS MODALIDADES DE RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Superado o estranhamento causado pela viabilidade jurídica de direitos concebidos como barreiras à atuação abusiva de órgãos estatais serem objeto de limitações impostas pelo próprio Estado, cumpre indagar a respeito das espécies de restrições constitucionalmente legítimas.

A propósito, convém destacar que se revela corolário dos princípios da supremacia e da unidade da Constituição que as restrições aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais em geral decorram sempre de outra(s) norma(s) constitucional(is). Nada obstante, afigura-se útil distinguir as restrições (i) expressamente estatuídas pela Constituição, das (ii) expressamente autorizadas pela Constituição, e das (iii) implicitamente autorizadas pela Constituição.³¹ A primeira espécie reúne as hipóteses em que a Constituição

expostos, o método de argumentação jusfundamental. Se se revelasse, singelamente, uma inequívoca e apriorística dissociação entre as referidas hipóteses, aduz o Professor da Universidade de Kiel, se teria um argumento a favor da teoria interna, já que se verificaria uma superposição da argumentação tradicional (i.e. conceptualização) pela jusfundamental. Todavia, a total certeza ou incerteza da proteção jusfundamental, sobre a qual se erige a rígida dicotomia entre casos reais e aparentes de direitos fundamentais, deve ser substituída por uma "escala de certeza e incerteza", aos quais se soma um aspecto subjetivo, na medida em que "diferentes pessoas atribuem a casos diferentes postos diferentes nesta escala de certeza e incerteza". Desta forma, em casos de incerteza, a solução mais razoável consiste em deduzir razões e contra-razões a favor e contra a proteção jusfundamental, transcendendo já as fronteiras da conceptualização para a ponderação, isto é, da argumentação tradicional para a jusfundamental. Verificandose, contudo, que há fortíssimas razões em favor da proteção jusfundamental, não há óbice em afirmar a adequação do fato ao conteúdo do direito. Isto significa, ainda na esteira de Alexy, que a teoria interna só se revela útil em caso de ausência de dúvidas, circunstância que evidencia o seu caráter insatisfatório. Ao contrário, a teoria externa tem a vantagem de tratar casos não duvidosos de direitos fundamentais como meros casos potenciais, em que a argumentação jusfundamental exerce posição absolutamente supérflua em favor da argumentação tradicional. Já nos casos reais, em que a teoria interna, operacionalmente, se emudece, a teoria externa fornece uma argumentação jusfundamental substancial, orientada pelo princípio da proporcionalidade. V. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 317.

³¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 209 *et seq.* Jane Pereira baseia-se na tradicional classificação de Robert Alexy, que divide as restrições entre as "diretamente constitucionais" e as "indiretamente constitucionais", com a vantagem de, mantidas as premissas do jusfilósofo alemão, subdividir as últimas em "expressamente autorizadas pela

prevê cláusulas restritivas explícitas de direitos fundamentais, como, v.g., a limitação do direito de reunião pelas expressões "pacificamente" e "sem armas"; da liberdade de associação pela licitude dos fins e pela vedação ao caráter paramilitar; da vedação à pena de morte exceto em caso de guerra declarada etc. (incisos XVI, XVII, XLVI, do art. 5º, da Constituição de 1988).

Já as restrições expressamente autorizadas pela Constituição são implementadas por atos infraconstitucionais, com lastro em norma constitucional que, explicitamente, confere tal competência aos órgãos estatais respectivos. Note-se que, na vertente hipótese, a norma constitucional não estatui de *per se* a restrição, mas tão-somente autoriza que ela seja implementada. Inserem-se nesta modalidade, por exemplo, os casos em que o constituinte reservou ao Judiciário a realização da alvitrada limitação - cite-se, entre as hipóteses de reservas de jurisdição, a possibilidade de o Judiciário afastar a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CRFB/1988) -, bem como estabeleceu reservas legais, assim compreendidas as hipóteses em que a viabilidade de restrição se sujeita à edição de lei formal.

As reservas legais, por sua vez, subdividem-se em simples e qualificadas: nas primeiras o constituinte limita-se a exigir lei formal, mediante o emprego de expressões como "na forma da lei", "nos termos da lei", "lei estabelecerá" etc.; nas últimas, a norma constitucional em tela não se restringe a prever a autorização, mas também promove a predeterminação de algum aspecto da restrição a ser implementada.

São exemplos de reservas legais simples os incisos VII e XV do art. 5º da CRFB/88, nos quais se assegura, "nos termos da lei", a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares, e a livre locomoção no território nacional em tempos de paz, respectivamente. Os incisos XIII e LX do art. 5º da CRFB/88, por sua vez, veiculam típicos exemplos de reserva legal qualificada, na medida

Constituição" e "implicitamente autorizadas pela Constituição". Desta feita, logra-se manter as premissas fundamentais à classificação em tela (especialmente o fundamento constitucional - ainda que mediato - de toda e qualquer restrição), sem incorrer no inconveniente de albergar no mesmo item hipóteses sensivelmente distintas, quais sejam, as restrições expressamente estatuídas, sob a forma de regras, na Constituição, das que decorrem de conflitos entre princípios constitucionais. V. ALEX Y. Robert. *Op. cit.*, p. 276 *et seq.*

em que não apenas prevêem a possibilidade de a lei restringir os direitos ao livre exercício de qualquer trabalho e à publicidade dos atos processuais, como também predeterminam a finalidade da limitação - aferição de qualificação profissional e defesa da intimidade e do interesse social, respectivamente.

Incluem-se também entre as restrições expressamente autorizadas pela Constituição de 1988 as hipóteses de defesa do Estado e das instituições democráticas (Estado de Defesa e Estado de Sítio), nas quais se autoriza, mediante a concreção das hipóteses excepcionais e das condições descritas nos arts. 136, 137 e 138 da Constituição de 1988, que o Presidente da República edite decreto - sujeito a controle do Congresso Nacional - que restrinja os direitos arrolados nos arts. 136 e 139 da CRFB/1988.

Ademais, viu-se no item 2 que uma hermenêutica constitucional metodologicamente conseqüente tende a reconhecer a inevitabilidade de os princípios constitucionais, sobretudo no âmbito de Constituições compromissórias, entrarem em conflito, circunstância que compele o legislador e o juiz a realizarem restrições recíprocas entre os princípios conflitantes (teoria externa). É precisamente a solução de conflitos entre princípios constitucionais a hipótese por excelência de restrições implicitamente autorizadas pela Constituição, pois, neste caso, haja ou não autorização constitucional explícita para a restrição, esta se consubstancia em premissa inafastável da resolução do conflito.

Por fim, convém destacar que as restrições aos direitos fundamentais podem se dar nos planos legislativo e aplicativo. Refere-se a restrições legislativas em alusão às hipóteses em que é editada lei geral e abstrata com o fito de concretizar a norma constitucional, conformando, reduzindo, ou ampliando o conteúdo *prima facie* do direito fundamental respectivo. Através deste delineamento, estabelece-se o âmbito de proteção legal de caráter definitivo do direito fundamental em questão. Já as restrições aplicativas não se operam em um plano geral e abstrato, mas concreto e individual. Situando-se no plano aplicativo, tais restrições consistem no afastamento, no âmbito de situação específica, da posição jurídica individual respectiva, sem que se verifique prejuízo ao conteúdo objetivo do di-

reito fundamental estabelecido na Constituição e nas leis.³² À guisa de ilustração, Jorge Reis Novais salienta que, enquanto norma que regule a possibilidade de órgãos públicos desapropriarem propriedades particulares consiste em restrição legislativa ao direito de propriedade, o ato de desapropriação se consubstanciará em restrição aplicativa.

4. OS LIMITES DOS LIMITES

No âmbito de um Estado de Direito, a possibilidade de legisladores e juízes promoverem, concretamente, restrições aos direitos fundamentais pressupõe que esta atividade se revele, igualmente, limitada. Daí se falar em "limites dos limites" (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais, expressão clássica no constitucionalismo germânico cunhada por Karl August Betterman, em célebre conferência proferida na sociedade jurídica de Berlim em 1964.³³ Segundo a profícua síntese de Gilmar Ferreira Mendes, devem ser considerados limites dos limites: (i) o princípio da clareza e da determinação das normas restritivas, (ii) a proibição de restrições casuísticas, (iii) o princípio da proporcionalidade, (iv) e o princípio da proteção do núcleo essencial.³⁴ A este rol, cumpre acrescentar o princípio da "reserva de lei restritiva".³⁵

Neste ponto, convém destacar que é assente a noção de que as restrições legislativas (gerais e abstratas)³⁶ aos direitos fundamentais, sejam elas expressa ou implicitamente autorizadas pela Constituição, estão sujeitas à reserva de lei formal. Assim, é exatamente nas hipóteses em que o constituinte não permitiu expressamente a restrição, que a exigência de lei formal, ainda que não prevista em

³² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 205; NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 193 *et seq.* Cumpre esclarecer que o autor português utiliza as expressões restrições em sentido estrito e intervenções restritivas para designar o que Jane houve por bem chamar de restrições legislativa e aplicativa, em nomenclatura que se adotou por seu maior potencial esclarecedor.

³³ PULLIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 518.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 38 *et seq.*

³⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 2002.

³⁶ V. seção 3.

seu texto, mais se afigura necessária, pela evidente imprescindibilidade de maior rigor no seu controle.³⁷ Tal circunstância evidencia a pertinência de adotar-se o princípio da reserva de lei restritiva no Brasil, ainda que a Constituição de 1988 não tenha seguido o exemplo da Lei Fundamental de Bonn de 1949 e da Constituição portuguesa de 1976, que o prevê expressamente. De qualquer sorte, tal princípio pode ser inferido da interpretação sistemática de uma série de dispositivos constitucionais, como os arts. 5º, II, 37, *caput*, 62, II, e 68, p. 1, II, da CRFB/1988.³⁸

Se lei formal pode promover restrição a direito fundamental, com muito mais razão emenda constitucional poderá fazê-lo. A bem da verdade, o próprio constituinte, ao vedar apenas as emendas constitucionais "tendentes a abolir" as cláusulas pétreas, deixou claro que não são todas as restrições veiculadas por emendas que se afiguram constitucionalmente ilegítimas, mas apenas as que limitem a respectiva cláusula para além de determinados limites, a partir dos quais se verifica o caráter tendencialmente aniquilador do direito "restringido" pela emenda respectiva.³⁹ Urge, portanto, densificar os referidos limites.

Neste particular, avulta a importância de um parâmetro de ponderação, a saber: no controle da constitucionalidade de emendas constitucionais restritivas de direitos fundamentais, o Judiciário deve adotar uma postura mais intensa de autorestrição judicial do que quando a restrição provier de lei. A razão é simples: tendo em vista o maior rigor procedimental atinente ao processo de aprovação de emendas (iniciativa qualificada, dois turnos, e, especialmente, quorum de 3/5 (três quintos) quando comparado ao processo legislativo ordinário (um turno de votação e quorum de maioria simples), soa evidente que a superação do primeiro revela um consenso mais forte no âmbito do Congresso Nacional. Ora, se o Judiciário, ao

³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 825.

³⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 305.

³⁹ Nada obstante a relevância do elemento literal, tem-se que o esforço despendido no item dois para a demonstração da inevitabilidade de os legisladores ordinário e constituinte-reformador imprimirem efetivas restrições aos direitos fundamentais, revela-se fundamental para a confirmação do sentido que se depreende da literalidade do dispositivo interpretado.

exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento, notadamente quando adotar uma postura ativista na aplicação de norma constitucional de natureza principiológica (i.e. os direitos fundamentais), tende a comprimir o espectro de atribuições do Parlamento em favor das suas competências, - circunstância que, no bojo das democracias representativas, apresenta uma dificuldade contramajoritária⁴⁰ -, parece natural que adote postura tão mais acanhada quanto mais sólido for o consenso obtido no Congresso Nacional.

Por outro lado, a associação do princípio da reserva de lei restritiva com os princípios supra citados implica não apenas em que a restrição se dê por lei formal, mas em exigências sobre o conteúdo da lei restritiva. A propósito, o princípio da segurança jurídica, ao preconizar "um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade, e mensurabilidade na atuação do poder público",⁴¹ evidentemente impõe que as normas restritivas de direito fundamental apresentem um nível mínimo de clareza e determinação, porquanto esta exigência substantiva viabiliza o conhecimento dos propósitos do legislador e das conseqüências jurídicas da atuação em conformidade ou em desconformidade à norma. Canotilho assinala que a norma em tela deve ter densidade suficiente para: (i) alicerçar 'posições juridicamente protegidas' dos cidadãos; (ii) constituir uma "norma de actuação" para a Administração Pública; (iii) possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e da defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.⁴² Os dois últimos aspectos evidenciam que uma tal exigência de determinabilidade mínima da lei restritiva se vincula não apenas à previsibilidade da conduta imposta, vedada ou permitida pela ordem jurídica (segurança jurídica), mas igualmente à definição de parâmetros inteligíveis de controle do

⁴⁰ A expressão foi consagrada na clássica obra de BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986. Na doutrina nacional, ver o célebre livro de BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999, p. 163.

⁴¹ AVILA, Humberto Bergman. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 295.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 253.

Poder Executivo, associando-se à tradicional função legitimadora da atividade administrativa exercida pelo princípio da legalidade.⁴³

Além disto, do princípio da igualdade decorre que as normas restritivas de direitos fundamentais devem apresentar conteúdo genérico e abstrato, e, inversamente, a vedação da edição de leis e emendas de natureza individual e concreta que promovam distinções casuísticas e arbitrárias entre os seus destinatários. Celso Antônio Bandeira de Mello, em seminal estudo, desenvolve com maior precisão o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, aduzindo que "as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição."⁴⁴ A aferição do vínculo de pertinência lógica entre o *discrímen* eleito pelo legislador e o tratamento legal diferenciado em função dele promovido não prescinde, antes pressupõe, o emprego do princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade, por sua vez, segundo a sua clássica formulação no constitucionalismo germânico, divide-se em três subprincípios: (i) adequação: aptidão do meio eleito em fomentar a promoção da finalidade pretendida; (ii) necessidade: aferição da impossibilidade de o objetivo pretendido ser promovido, com a mesma intensidade, por intermédio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido; (iii) proporcionalidade em sentido estrito: sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.⁴⁵

⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2 ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 336 *et seq.*

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, s/d. p. 17.

⁴⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*, 798, abril/2002, p. 23/50.

Preliminarmente, cumpre salientar a existência de sérias controvérsias no direito brasileiro a respeito da fungibilidade entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nada obstante, há certo consenso a respeito de ambos os princípios atuarem como parâmetros destinados a aferir a justiça substancial, a racionalidade e o comedimento dos atos do poder público, bem como possuírem origens distintas, na medida em que a razoabilidade se erigiu no direito norte-americano a partir da versão substantiva da cláusula do *due process of law*, constante da quinta e da décima quarta emendas à Constituição de 1787,⁴⁶ enquanto a proporcionalidade foi transplantada do direito administrativo europeu para consubstanciar-se, originariamente na Alemanha, no critério por excelência da aferição da constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais, mediante uma exegese construtiva da cláusula do Estado de Direito e da estrutura dos direitos fundamentais.⁴⁷

No que toca especificamente à identidade do conteúdo jurídico dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, há aceso embate no constitucionalismo brasileiro. A intercambialidade entre os referidos princípios é afirmada por iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e por constitucionalistas de escol, como, p. ex., Luís Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes,⁴⁸ os quais se utilizam do maior desenvolvimento analítico obtido pelo constitucionalismo germânico para considerar que os referidos princípios se subdividem, consoante acima assinalado, em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Já autores como Humberto Ávila, Jane Reis e Luís Virgílio Afonso da Silva sustentam que proporcionalidade e razoabilidade não se confundem. Humberto Ávila, em concepção pioneira sobre a vertente questão, salienta que a proporcionalidade se consubstanciaria em "postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre

⁴⁶ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 398 *et seq.*

⁴⁷ SHOELLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*. Interesse Público, v. 1, n. 2, 1999, p. 93.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 209 *et seq.*; MENDES. *Op. cit.*, p. 31 *et seq.*

um meio e um fim", subdividindo-se em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já a razoabilidade não estaria vinculada às relações causais entre meio e fim, mas consistiria em estrutura de aplicação de princípios e de regras, utilizada em diferentes contextos. Em esforço de reconstrução analítica das decisões dos Tribunais Superiores, Humberto Ávila assim sistematiza as principais acepções emprestadas à razoabilidade: (i) razoabilidade como equidade: harmonização da norma geral com o caso individual; (ii) razoabilidade como congruência: harmonização das normas com as condições externas de aplicação; (iii) razoabilidade como equivalência: equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.⁴⁹

Há também forte divergência a respeito do fundamento constitucional da proporcionalidade, vislumbrando-se cinco teses principais acerca da sua *sedes materiae*: (i) a primeira considera, na linha do constitucionalismo norte-americano, a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/1988), em sua versão substantiva;⁵⁰ (ii) a segunda, com lastro na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, identifica a cláusula do Estado de Direito (art. 1);⁵¹ (iii) a terceira arrola uma série de dispositivos legais, dentre os quais o art. 1, caput, I, II, e III, art. 5º, II, XXXIV, a, XXXV, LXII, LXVIII, LXIX;⁵² (iv) a quarta indica a cláusula contida no art. 5º, § 2º, que abre o catálogo de direitos fundamentais a direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte;⁵³ (v) e, finalmente, coloca-se corrente

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 102 *et seq.* Conferir também SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Op. cit.*; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 310 *et seq.*

⁵⁰ Neste sentido, posiciona-se o próprio Supremo Tribunal Federal, conforme o recenseamento realizado por Gilmar Ferreira Mendes acerca da jurisprudência produzida, neste particular, pelo Excelso Pretório, cf. MENDES. *Op. cit.*, p. 87, e ADIn n. 1407-2, DJU 15.03.1996; e, em sede doutrinária, BARROSO. *Op. cit.*, p. 227.

⁵¹ BVerfGE 90, 145 (173); BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 93 *et seq.*; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; SOUZA, Carlos Afonso Pereira de. "O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade: uma abordagem constitucional". *Revista Forense*, v. 349, 1999, p. 29-41.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 434 *et seq.*

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*; GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípio da proporcionalidade e teoria do direito". In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 268-283.

que considera a proporcionalidade corolário lógico da positivação de princípios, segundo o sentido que lhe é conferido por Alexy.⁵⁴

Parece que a proporcionalidade e os princípios posicionam-se, efetivamente, em relação de mútua implicação, desde que se parta do conceito que Alexy empresta aos últimos, ou seja, desde que os princípios jurídicos sejam vistos como mandados de otimização, porquanto aplicáveis, na maior medida possível, dentro das suas possibilidades fáticas e jurídicas.

Com efeito, os subprincípios da adequação e da necessidade se destinam a determinar, à luz do caso concreto, a otimização possível dentro dos limites fáticos a que estão sujeitos os princípios, visto que identificam o grau de fomento e restrição dos princípios em colisão. Já a proporcionalidade em sentido estrito diz com as possibilidades jurídicas dos princípios, na medida em que consiste em um mandamento de ponderação do princípio em tela com o princípio que com ele colide, com o escopo de aferir a eventual superação das vantagens decorrentes da aplicação do primeiro sobre as desvantagens do afastamento do segundo.⁵⁵ É mister notar, contudo, que a inevitabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito de ordem jurídica que preveja princípios não exclui a busca de sua fundamentação no direito constitucional positivo, a qual, ao revés, consiste em bem-vindo reforço à sua legitimação jusfundamental.⁵⁶

A notável relevância do princípio da proporcionalidade no panorama atual do direito brasileiro é comprovada pela profusão de obras acadêmicas⁵⁷ e pela sua crescente utilização pelos Tribunais pátrios. Embora exames típicos de proporcionalidade e razoabilidade

⁵⁴ SILVA. *Op. cit.*, p. 43/44; ÁVILA, Humberto Bergman. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade", *Revista de Direito Administrativo*, 215 (1999): 151-179; ALEXY. Robert. *Op. cit.*, p. 111 *et seq.*

⁵⁵ ALEXY. Robert. *Op. cit.*, p. 110 *et seq.*

⁵⁶ *Ibid.*, p. 115.

⁵⁷ Além das obras citadas nas antecedentes notas, cite-se, para fins meramente ilustrativos, BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e sua interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002; STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; STUMM, Raquel Denize, **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; TORRES, Ricardo Lobo. "A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade". In: TORRES, Ricardo Lobo. (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 397-449.

de atos do poder público tenham sido empregados pelo Supremo Tribunal Federal antes da Constituição de 1988, somente após a edição da novel ordem constitucional o Excelso Pretório passou a empregar, expressa e crescentemente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como parâmetros destinados a aferir a constitucionalidade dos atos do poder público, sobretudo os restritivos de direitos fundamentais.⁵⁸

Por fim, cite-se o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, o qual, embora previsto expressamente, *v.g.*, na Lei Fundamental de Bonn (art. 19, inc. 2), na Constituição portuguesa de 1976 (art. 18, 3) e na Constituição espanhola de 1978 (art. 53.1), não foi mencionado pelo constituinte brasileiro de 1988. O vetor exegético em apreço preconiza que, muito embora seja da essência dos princípios jurídicos a suscetibilidade de sofrerem restrições na hipótese de colisão com outros princípios, eles possuem um núcleo inexpugnável, é dizer, um âmbito de proteção mínimo dentro do qual nenhuma intervenção normativa se afigura legítima. Não é difícil entrever cuidado de reação à concepção prevalecente no Estado de Direito legalista, segundo a qual o legislador teria, na prática, uma liberdade amplíssima para a conformação dos direitos fundamentais.⁵⁹ Efe-

⁵⁸ Para um profícuo recenseamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a proporcionalidade, conferir MENDES. Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 71/87. O *leading case* a respeito da explícita utilização do princípio da proporcionalidade, como se sabe, foi a ADIN n. 885, na qual se declarou a inconstitucionalidade, entre outros, do caput do art. 1 da Lei n. 10.428, de 14.01.1993, do Estado do Paraná, assim vazado: "art. 1. É obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem - GLP - Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também recolhido, quando procedida à substituição." O Supremo, em voto condutor do Ministro Pertence, salientou que os esclarecimentos do INMETRO: "servem, de um lado, como proficientemente explorado na petição, não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar - ao menos, provisoriamente - as inovações por elas impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis, acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese - que não é de afastar - de que se venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei". V. ADIN n. 885, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01.10.1993. Para uma contundente crítica ao referido acórdão, ver SILVA. Virgílio Afonso. *Op. cit.*

⁵⁹ O modelo de Estado de Direito Legalista, prevalecente na Europa Continental das Revoluções Burguesas ao segundo pós-guerra, caracteriza-se, fundamentalmente, pela primazia do Legislativo dentre os departamentos estatais de soberania. A propósito, a influência exercida pelo conceito moderno-iluminista de lei sobre este arranjo institucional, que vislumbrava a lei como expressão inelutável dos imperativos da razão e da vontade do povo, acabava por reconduzir as manifestações estatais à criação e à aplicação do direito, e, conseqüentemente, à dicotomia função legislativa *versus* função executiva *lato sensu* (que abrangia as funções judicial e executiva *stricto sensu*). Desta hierarquização funcional decorria correlata hierarquização entre os órgãos estatais, de maneira a conceber-se a supremacia da lei e do Parlamento em relação aos poderes Executivo e Judiciário e aos seus respectivos atos. Esta relação superior-subalterno entre os órgãos do Estado implicará, naturalmente, um modelo político-institucional cuja nota distintiva é o *monismo do Poder Legislativo*, na medida em que todo o poder político efetivo será

tivamente, a salvaguarda do núcleo essencial, ao afirmar que os direitos fundamentais têm um mínimo de conteúdo garantido constitucionalmente, visa a reforçar a vinculação material do legislador ao seu teor, evitando o risco, verificado, p. ex., sob a égide da Constituição de Weimar, de erosão dos direitos fundamentais por intervenções legislativas abusivas.⁶⁰ O objeto e a natureza da proteção promovida pelo princípio da salvaguarda do núcleo essencial é, contudo, alvo de sérias controvérsias.

Quanto ao primeiro aspecto, opõem-se as teorias objetiva e subjetiva. A primeira nasce da necessidade de conceber-se uma explicação teórica para uma perplexidade, qual seja, a suposta inevitabilidade de, em situações-limite, negar-se tutela jurídica a situações jurídicas subjetivas que fazem parte da essência do direito fundamental em questão. O exemplo clássico é o da prisão perpétua, no qual o cerne da liberdade de ir e vir do condenado parece, realmente, restar aniquilado. A saída encontrada foi considerar-se que o princípio da salvaguarda do núcleo essencial não se refere à liberdade concreta desta ou daquela pessoa (direito subjetivo), mas ao direito fundamental enquanto instituição objetiva do sistema jurídico, de forma a tutelar-se apenas a sua permanência abstrata no direito positivo.⁶¹

concentrado no Parlamento. Das diversas conseqüências do que se expôs, uma é de especial importância para a confirmação da tese de que, na prática, o Legislador tinha uma liberdade quase que absoluta na conformação dos direitos fundamentais, a saber: se o Legislador se achava livre de constrangimentos efetivos, na medida em que se atribui a seus atos a natureza de lídima manifestação da soberania, verifica-se uma estranha "soberania de poder constituído". De fato, sendo o Legislador *legibus solutus*, este órgão estatal se torna autor do seu próprio poder, podendo alterar o direito positivo (inclusive a Constituição) quando e como bem entender, de modo a emitir, incessantemente, uma vontade ilimitada, capaz de redefinir a forma de governo, as instituições políticas e o conteúdo dos direitos fundamentais. Desta forma, esta curiosa convolução dos "representantes da nação soberana" em "representantes soberanos da nação" gera uma confusão entre os poderes constituinte e constituídos, e, por conseguinte, a própria inviabilidade do conceito de poder constituinte, o qual, ao menos em sua tradicional formulação de matriz norte-americana, parece vincular-se à superioridade e à pré-estatalidade da vontade do povo sobre a dos poderes constituídos, e, portanto, à noção de rigidez constitucional. Ver FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales - Apuntes de la Historia de las Constituciones**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003; VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente**. 5 reimpressão, Madrid: Tecnos, 2000; PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra editora. 1989.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. "Os limites dos limites". In: MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241-314.

⁶¹ CIANCARDO, Juan. *Op. cit.*, p. 253/254. Adotam, por exemplo, a teoria objetiva, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 296 *et seq.*; PEREZ-LUNO, Antonio Henrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1998, p. 78.

Como era de se esperar, esta tese foi duramente criticada, sob o argumento principal de retirar toda a serventia prática da garantia do núcleo essencial, já que a simples tutela do direito enquanto instituição objetiva não fornece óbices reais a que o governo procedesse à sistemática violação dos direitos fundamentais, porquanto poderia suprimir amplamente os direitos subjetivos deles decorrentes. Na verdade, a garantia da permanência abstrata do direito protegeria apenas os cidadãos contra a imposição aberta de um Estado totalitário, não impedindo violações concretas perpetradas no bojo de um Estado pretensamente democrático.⁶²

Com lastro em argumentos deste jaez, erige-se a teoria subjetiva que, por seu turno, sustenta que o princípio da salvaguarda do núcleo essencial se destina a proteger posições jusfundamentais concretas, é dizer, os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos. Embora os conflitos extremos em que um dos direitos fundamentais tenha que ser afastado sejam mais facilmente solucionáveis dentre do marco da teoria objetiva, anota Alexy que a circunstância de os direitos fundamentais ostentarem uma inequívoca dimensão subjetiva milita em favor da adoção da teoria subjetiva, mesmo que ao lado da teoria objetiva.⁶³ De fato, se a teoria subjetiva tem a vantagem de não olvidar a proteção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ela, em comparação com a teoria objetiva, apresenta a desvantagem de não deixar suficientemente claro que as regulações objetivas de direitos fundamentais também devem restar protegidas, para além de trazer dificuldades de justificação de casos excepcionais em que o afastamento de um dos direitos fundamentais reduz a quase nada o seu âmbito de proteção.⁶⁴

Neste quadro, avulta a importância da advertência de Konrad Hesse, para quem nenhuma das teorias fornece, isoladamente, resposta satisfatória para a proteção dos direitos fundamentais, porquanto estes possuem dimensões subjetiva e objetiva que não são mutuamente excludentes, mas que, ao revés, compõem a estrutura dos

⁶² NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 785.

⁶³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 288..

⁶⁴ CIANCIARDO, Juan. *Op. cit.*, p. 256.

direitos fundamentais.⁶⁵ Com efeito, se os direitos fundamentais são, concomitantemente, direitos subjetivos indispensáveis ao desenvolvimento pessoal dos indivíduos e instituições que suportam axiologicamente todo o ordenamento jurídico, a garantia do núcleo essencial deve abranger ambas as dimensões, protegendo o direito respectivo de ingerências promovidas tanto no plano da regulação objetiva quanto na determinação de uma posição jusfundamental concreta.⁶⁶

Note-se, contudo, que nenhuma das referidas teorias fornece resposta sobre a questão fundamental atinente, a saber, o ponto a partir do qual uma restrição legislativa a direito fundamental, quer no plano subjetivo, quer no plano objetivo, atenta contra o seu núcleo essencial. No que toca especificamente à definição do alcance da salvaguarda do núcleo essencial como limite dos limites, salienta Jane Pereira que:

*“os autores dividem-se entre aqueles que consideram que o conteúdo essencial traduz apenas a necessidade de justificação de eventual restrição aos direitos (teoria relativa), e os que entendem que este constitui uma garantia absoluta, não podendo, em hipótese alguma, ser afetado (teoria absoluta)”.*⁶⁷

A teoria relativa não considera possível determinar, aprioristicamente, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que este só seria identificado após processo ponderativo guiado pelo princípio da proporcionalidade. Sendo o núcleo essencial "aquilo que sobra após a ponderação",⁶⁸ tal garantia se confunde com a proporcionalidade, nada acrescentando à limitação da restringibilidade dos direitos fundamentais. Revela-se também corolário do exposto a possibilidade de um direito fundamental

⁶⁵ HESSE. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 268.

⁶⁶ CIANCIARDO, Juan. *Op. cit.*, p. 257.

⁶⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 371.

⁶⁸ Esta é a clássica formulação de ALEXY. Robert. *Op. cit.*, p. 288.

restar completamente comprimido após a ponderação, desde que o referido juízo haja se pautado pela proporcionalidade.⁶⁹ A conclusão que se impõe é que o princípio da salvaguarda do núcleo essencial assume apenas as funções de reafirmar a necessidade de justificação de restrições aos direitos fundamentais e de reforçar o uso do princípio da proporcionalidade.⁷⁰

A teoria absoluta, inversamente, compreende o núcleo essencial como "um núcleo fixo que independe de ponderação".⁷¹ Assim, a teoria absoluta se afasta da perspectiva meramente relacional da teoria relativa, orientando-se para a busca de um âmbito que se consubstancie em um último reduto de proteção, absolutamente insuperável. Baseia-se, portanto, em uma visão espacial que compreende o âmbito de proteção dos direitos fundamentais como composto de dois círculos concêntricos, concebidos como "camadas de resistência diversificada", visto que, enquanto o círculo de maior raio consiste em prerrogativas não essenciais que toleram restrições para preservação de outros direitos e princípios, o de menor raio (núcleo essencial), por sua essencialidade, não admite qualquer tipo de restrição, sob pena de perda do sentido útil do direito respectivo.⁷²

Fala-se, ainda, em uma teoria mista, que concebe a existência de uma dupla barreira às restrições legislativas: no círculo de maior raio, a legitimidade das restrições legislativas condiciona-se à observância da proporcionalidade; no de menor raio, tem-se o núcleo essencial, entendido como um âmbito de proteção incondicionado, na medida em que incompatível com qualquer restrição legislativa. Parece claro, todavia, que não se cuida, propriamente, de fusão das teorias relativa e absoluta, mas de variação da teoria absoluta, ante a concepção do núcleo essencial como uma esfera de proteção insuperável e que prescinde de ponderação.⁷³

⁶⁹ BOROWSKI, Martin. *Op. cit.*, p. 99.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*

⁷¹ BOROWSKI, Martin. *Op. cit.*, p. 99.

⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 782.

⁷³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*

Ambas as teorias são objeto de severas críticas. A teoria absoluta é acusada de não prover instrumentos metodológicos adequados para a identificação segura do núcleo essencial, circunstância que daria azo a um amplo subjetivismo.⁷⁴ Por outro lado, assevera-se que esta concepção não fornece explicações satisfatórias para as hipóteses em que se verifica "a cedência, por vezes integral, de todo e qualquer direito fundamental" em hipóteses em que o conflito não possa ser resolvido pela compressão recíproca dos direitos em cotejo.⁷⁵

A par de sofrer todas as críticas dirigidas à ponderação e à proporcionalidade, a teoria relativa é ainda adicionalmente criticada por transformar a garantia do núcleo essencial, mencionada em diversos textos constitucionais e em iterativa jurisprudência dos Tribunais Constitucionais, em um "fantasma" de proteção, porquanto, respeitada a proporcionalidade, qualquer restrição legislativa seria admitida, inclusive aquelas que privassem o direito fundamental de qualquer sentido útil. Neste viés, aduz-se que a negativa de vinculação do legislador a um núcleo mínimo de sentido preestabelecido constitucionalmente atentaria contra as noções de rigidez e de supremacia da Constituição, porquanto conferiria ao legislador o poder de restringir ilimitadamente os direitos fundamentais, os quais perderiam completamente o seu efeito vinculante em face do Parlamento.⁷⁶

No Brasil, destaca-se o esforço de Humberto Ávila em extremar os princípios da proporcionalidade e da salvaguarda do núcleo essencial, que denomina de "proibição do excesso". Ávila salienta que o exame do respeito ao núcleo essencial não envolve necessariamente o emprego dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, no bojo de uma relação

⁷⁴ Salienta, nesse particular, Jorge Reis Novais que "apesar da sua multiplicidade, as tentativas de delimitação substancialista de um núcleo ou âmbito essencial dos direitos fundamentais não são satisfatórias enquanto produção de resultados juridicamente comprováveis e operativos e, no fundo, não o são porque a tarefa de distinção substancialista, dentro do âmbito de protecção de cada direito fundamental, entre os elementos que seriam aureolares ou acidentais não é, pura e simplesmente, exequível, tanto quanto, como diz Luhmann, não podemos conhecer a essência da essência". NOVAIS. *Op. cit.*, p. 788.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 783.

⁷⁶ MENDES. Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 39.

entre meio e fim, como se dá na proporcionalidade, mas se restringe à constatação de que nenhuma medida pode restringir excessivamente um direito fundamental, sejam quais forem as razões que a motivem.⁷⁷

À guisa de ilustração, Humberto Ávila cita a edição, pelo poder público, de ato normativo que obrigue os supermercados de determinada região a etiquetarem os produtos vendidos no seu estabelecimento. À vista de cuidar-se de medida que se destina a promover um fim (proteção dos consumidores), atingindo colateralmente o princípio da livre iniciativa, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade com o fito de solucionar o conflito. Considera o ilustre publicista gaúcho ser plausível concluir que a alvitrada medida passa no (i) exame da adequação, porquanto etiquetar produtos contribui para a proteção dos consumidores; e também (ii) no crivo da necessidade, pois medidas alternativas, como a implantação do código de barras, protegem de forma menos intensa o consumidor. Todavia, poder-se-ia entender que a medida não passa (iii) no teste da proporcionalidade em sentido estrito, já que o grau de restrição causado ao princípio da livre iniciativa pela obrigação de etiquetar os produtos (v.g. custos administrativos, necessidade de os produtos serem etiquetados sempre que os preços mudem, repasse dos custos ao consumidor, abandono do moderno sistema de código de barras etc.) superaria o grau de promoção do princípio da proteção dos consumidores (proteção de uma minoria desatenta em detrimento da média de consumidores que já é protegida por outros meios). Embora tal medida não tenha passado no teste da proporcionalidade em sentido estrito, atentando, portanto, contra o princípio da proporcionalidade, parece claro que a sua eventual adoção mantém incólume o núcleo essencial do direito à livre iniciativa,⁷⁸ vez que a obrigação de etiquetar produtos não levará os empresários à ruína, inviabilizando o exercício de atividade econômica lícita.

Ainda que se possa discutir o mérito da solução apresentada, parece claro que o exemplo utilizado, ao evidenciar que uma medi-

⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 98.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 99/100.

da pode ser considerada desproporcional não obstante se mantenha intocado o núcleo essencial do direito restringido, distingue os testes da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial. Contribui, portanto, para a adoção da variação da teoria absoluta antes exposta, que preconiza que os direitos fundamentais se estruturam na forma de dois círculos concêntricos: entre o limite do círculo mais amplo e o do menos amplo é estabelecida uma camada de proteção menos intensa, em que são toleráveis restrições compatíveis com a proporcionalidade; já dentro do círculo mais restrito (núcleo essencial) se vislumbra o cerne do direito, insuscetível de restrição de qualquer sorte.

Saliente-se, por oportuno, que a doutrina vem percebendo uma certa prevalência da teoria absoluta na jurisprudência da Cortes Constitucionais alemã,⁷⁹ espanhola⁸⁰ e portuguesa,⁸¹ por exemplo. Embora o Supremo Tribunal Federal brasileiro tenha passado ao largo da discussão travada pelos adeptos das teorias absoluta e relativa, de sua jurisprudência pode-se inferir o entendimento de que o legislador se encontra materialmente vinculado a um núcleo mínimo de sentido dos direitos fundamentais, que deflui da sua própria positivação constitucional.⁸²

No que toca especificamente à restrição de direitos fundamentais por emendas constitucionais, o art. 60, § 4º, ao estatuir que "não será objeto de deliberação emenda constitucional tendente a abolir ..." as cláusulas pétreas, ao nosso ver, torna inequívoco que não se veda toda e qualquer restrição às cláusulas pétreas, mas tão-somente aquelas que venham a aniquilar, tendencial ou efetivamente, a sua substância, a sua identidade, os elementos que lhe são absolutamente essenciais e inerentes, enfim, precisamente o seu núcleo es-

⁷⁹ BVerfGE 34, 238 (245), BVerfGE 194 (201) *apud* ALEXY. Robert. *Op. cit.*, p. 288 et seq.

⁸⁰ STC 11/1981 *apud* CIANCIARDO. Juan. *Op. cit.*, p. 261 et seq.

⁸¹ Acórdãos TC 8/84, DR II, 3/5/86; TC 76/85, DR II 8/6/85; TC 31/87, DR II, 1/4/87 *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 633.

⁸² Ver, neste sentido, a sistematização da jurisprudência do STF da lavra de BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 99 et seq.

sencial.⁸³ Daí se infere que, quando menos no plano das emendas constitucionais, o direito constitucional positivo dá lastro à possibilidade de restrição dos princípios erigidos ao *status* de cláusula pétreas (teoria externa), assim como ao reconhecimento da existência de um núcleo mínimo de sentido indisponível à configuração do poder reformador (teoria absoluta).

Efetivamente, não apenas a literalidade do art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição de 1988 indica a necessidade de vinculação material do poder constituinte reformador ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a própria lógica da previsão de cláusulas pétreas conduz a tal ilação. Explica-se: faria algum sentido que o constituinte originário retirasse determinadas matérias do alcance do poder de reforma da Constituição, se por intermédio desta prerrogativa se pudesse suprimir a identidade do direito respectivo? Parece evidente que não. Assim, revela-se nítido que a efetiva retirada de determinados conteúdos constitucionais essenciais do poder constituinte derivado, tal qual intentado pelo constituinte originário ao estatuir as cláusulas pétreas, pressupõe que se lhes atribua um núcleo de sentido mínimo, absolutamente intangível por intervenções restritivas oriundas de emendas constitucionais, ainda que se reconheça a impossibilidade da determinação do núcleo essencial de todo e qualquer direito fundamental com abstração das particularidades dos casos concretos que suscitem a sua aplicação.

Pode-se dizer que o STF vem flertando com a adoção desta perspectiva no âmbito específico dos limites materiais ao poder de reforma. No julgamento da Adin nº 3.128-7,⁸⁴ em que se impugnava a contribuição previdenciárias incidente sobre os proventos dos servidores inativos, instituída pelo art. 4º, da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.03 (Reforma Previdenciária), salientou o Min. Joaquim Barbosa que as cláusulas pétreas consistiam em "instrumento

⁸³ V. NOVELLI, Flavio Bauer. "Norma Constitucional Inconstitucional? A propósito do art. 2, p. 2, da EC nº 3/93". *Revista Forense*, v. 330, (1995), p. 82 *et seq.* A bem da verdade, cumpre repisar que o princípio da salvaguarda do núcleo essencial é um dos limites às restrições dos direitos fundamentais, atuando conjuntamente com os demais.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.128-7. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Gracie, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006; DJ 18.02.2005, Ementário nº. 2.180-3, p. 450 a 774.

hermenêutico poderoso, de extrema utilidade para a preservação do núcleo essencial de valores constitucionais", enquanto o Min. Gilmar Mendes averbou que o grande desafio da jurisdição constitucional consiste em "não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição", nem valer-se de interpretação ortodoxa que impeça a mudança.⁸⁵

Esta também parece ser a posição adotada pela doutrina pátria mais abalizada. Em artigo clássico, Flávio Bauer Novelli, na esteira de Klaus Stern, já em 1995 interpretava a expressão "tendente a abolir" como destinada a vedar apenas as emendas capazes de suprimir, destruir, ou tornar impraticáveis os direitos fundamentais, proscrevendo, enfim, as que toquem o seu conteúdo essencial.⁸⁶ Perspectiva similar foi esposada por Ingo Sarlet, para quem a proteção superconstitucional outorgada aos direitos fundamentais:

*"não alcança as dimensões de uma absoluta intangibilidade, já que apenas uma abolição (tendencial ou efetiva) se encontra vedada. Também aos direitos fundamentais se aplica a já referida tese da preservação do núcleo essencial, razão pela qual até mesmo eventuais restrições, desde que não-invasivas do cerne do direito fundamental, podem ser toleradas. Que tal circunstância apenas pode ser aferida à luz do caso concreto e considerando as peculiaridades de cada direito fundamental parece não causar maior controvérsia."*⁸⁷

5. PROPOSIÇÕES OBJETIVAS FINAIS

Seguem, de forma esquemática e resumida, as principais conclusões obtidas ao longo do texto:

1) Emenda constitucional que, simplesmente, modifique dispositivo constitucional que veicule cláusula pétrea não apresenta, necessariamente, vício de inconstitucionalidade. Ao contrário, a

⁸⁵ DJ 18.02.2005, Ementário nº 2180-3, p. 491, 625.

⁸⁶ NOVELLI, Flávio Bauer. *Op. cit.*, p. 63/89.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 368.

inconstitucionalidade da respectiva emenda constitucional deriva da intervenção abusiva do constituinte reformador sobre a norma de direito fundamental objeto de proteção superconstitucional.

2) As teorias interna e externa oferecem respostas díspares acerca da possibilidade de o legislador (constituinte-reformador ou ordinário) introduzir efetivas restrições aos direitos fundamentais. A teoria interna considera tal medida incompatível com a supremacia da Constituição, porquanto implicaria a admissão de que o legislador, apesar de teoricamente vinculado à Constituição, pudesse negar aplicabilidade a este diploma normativo, do que resultaria uma supervalorização das normas infraconstitucionais em detrimento das constitucionais.

3) Já a teoria externa salienta a inevitabilidade de o legislador, especialmente sob a égide de Constituições compromissórias, impor restrições recíprocas a direitos fundamentais quando estes entrarem em conflito com outros princípios constitucionais. Com efeito, tendo em vista a estrutura principiológica de boa parte das normas de direito fundamental, caracterizada pela baixa densidade normativa e pela intensa carga valorativa, a necessidade de o legislador impor restrições mútuas aos princípios conflitantes se afigura patente. Ademais, ocultar o problema em nada contribui para a busca de racionalidade e objetividade à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, conduzindo, ao contrário, a um maior risco de decisionismo judicial.

4) As restrições impostas pelo legislador aos direitos fundamentais distinguem-se, quanto à origem da restrição, em: (i) expressamente estatuídas pela Constituição, (ii) expresamente autorizadas pela Constituição, e (iii) implicitamente autorizadas pela Constituição; e, quanto à natureza da restrição, em restrições legislativas e aplicativas.

5) São limites às restrições aos direitos fundamentais ("limites dos limites"): (i) o princípio da reserva de lei restritiva, (ii) o princípio da clareza e da determinação mínima das normas restritivas, (iii) a proibição de restrições casuísticas, (iv) o princípio da proporcionalidade, (v) e o princípio da proteção do núcleo essencial. A tais princípios, soma-se uma importante *standard* de pondera-

ção: no controle da constitucionalidade de emendas constitucionais restritivas de direitos fundamentais, o Judiciário deve adotar uma postura de mais intensa autocontenção do que quando a restrição provier de lei, na medida em que a sua postura de autocontenção deve ser diretamente proporcional à solidez e à qualidade deliberativa do consenso obtido no seio do Congresso Nacional. Explica-se: partindo-se da premissa de que a superação do processo qualificado referente às emendas constitucionais (v. limites materiais, formais e circunstanciais ao poder de reforma da Constituição, previstos no art. 60, da Constituição de 1988) tende a apresentar maior solidez e qualidade deliberativa do que o processo legislativo ordinário, deve o Judiciário atuar com maior cautela na aferição da constitucionalidade de emendas constitucionais do que no controle da constitucionalidade de leis em geral.

6) O objeto e a natureza da proteção promovida pelo princípio da salvaguarda do núcleo essencial é, contudo, alvo de sérias controvérsias. Quanto ao primeiro aspecto, opõem-se as teorias objetiva e subjetiva. A primeira considera que o princípio da salvaguarda do núcleo essencial não torna imune de supressão a liberdade concreta desta ou daquela pessoa (direito subjetivo), mas o direito fundamental enquanto instituição objetiva do sistema jurídico, de forma a tutelar-se apenas a sua permanência abstrata no direito positivo. Já a teoria subjetiva sustenta, inversamente, que o objeto de proteção do princípio em apreço é o direito subjetivo do indivíduo, sob pena de negar-se qualquer proteção efetiva ao direito fundamental respectivo, notadamente no âmbito de um regime que não se reconheça como totalitário. Todavia, tendo em vista a complementaridade das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, faz-se mister engendrar uma teoria mista que proteja os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos e instituições objetivas de alta densidade valorativa.

7) Quanto à natureza da proteção, opõem-se as teorias relativa e absoluta. A primeira considera o núcleo essencial "aquilo que sobra após a ponderação", acabando por confundir os princípios da proteção do núcleo essencial e da proporcionalidade. Já a teoria absoluta vislumbra o núcleo essencial dos direitos fundamentais como

um núcleo intangível cuja identificação independe de ponderação. A posição adotada no presente artigo preconiza que os testes da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial são distintos, de maneira que os respectivos princípios se consubstanciam em parâmetros autônomos de controle da constitucionalidade de leis ou emendas constitucionais restritivas dos direitos fundamentais. ☐

Controle Jurisdicional da Instituição de Tipos Penais Análise do Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006

**Luis Gustavo Grandinetti Castanho de
Carvalho**

*Juiz de Direito. Doutor pela UERJ. Mestre pela
PUC-RJ*

**Adriana Therezinha Carvalho Souto
Castanho de Carvalho**

Juíza de Direito do TJ/RJ

Paula Castello Branco Camargo

Estagiária da EMERJ

I. INTRODUÇÃO

O atual momento da política criminal brasileira é bastante delicado em razão de uma sucessão de leis penais e processuais penais das quais não se consegue extrair uma clara e segura diretriz de política criminal.

As sucessivas leis criminais, que estão sendo feitas à margem dos códigos, e que, na maioria das vezes, rompem com as diretrizes neles consagrados, acabam por esgarçar, desfigurar o sistema, demandando um intenso trabalho criativo da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência, para recriar um sistema operativo capaz de resolver adequadamente os casos submetidos aos tribunais de uma maneira isonômica.

Os tipos penais são definidos sem a devida atenção aos valores constitucionais. As penas são abstratamente fixadas, sem um cri-

tério uniforme, compreensível e justificado. As diferenças nas cominações abstratas de penas causam conseqüências processuais relevantes, como a da competência e do rito processual a ser adotado, com repercussões sérias no exercício da defesa e no estatuto da liberdade¹.

Tudo isso demonstra a inafastável necessidade de controlar a constitucionalidade da atividade legislativa no tocante à definição de tipos penais e na cominação de sanções penais.

A Lei nº 11.343/2006, ainda que tenha o grande mérito de afastar, definitivamente, a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de substância entorpecente, também padece de alguns problemas de natureza constitucional. No âmbito desse trabalho enfocaremos apenas o artigo 28 da Lei citada à luz da Constituição e no contexto da própria legislação.

II. PREMISSA FUNDAMENTAL: O LEGISLADOR PENAL NÃO TEM UM CHEQUE EM BRANCO

A doutrina constitucional tem discutido as duas dimensões do princípio da proporcionalidade: de um lado a proibição de excesso; de outro, a proibição de proteção deficiente. A primeira dimensão importaria em restrições à intervenção estatal excessiva e aos direitos fundamentais. A segunda, em violação dos direitos fundamentais pela omissão do Estado em protegê-los eficazmente.

Aqui, importa a primeira dimensão. Quanto à segunda, remete-se à doutrina².

Parte-se de uma premissa fundamental: o legislador penal não tem um cheque em branco. Ele não pode tipificar livremente condutas, sem qualquer controle e critério. Especialmente em direito pe-

¹ Pense-se, como exemplo, nos crimes hediondos e na proibição da liberdade provisória para determinados crimes. Ou na lesão corporal culposa, no trânsito, com ou sem a presença de causas de aumento de pena, o que influenciará na competência, ou não, dos Juizados Criminais, e no rito mais ou menos concentrado. O mesmo acontece em uma infinidade de outros casos: a calúnia, com ou sem a majorante do artigo 141 do C. Penal; a lesão corporal em circunstância de violência doméstica praticada contra homem e a praticada contra a mulher, etc.

² Ver SARLET, Ingo Wolfgang - "Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, março-abril de 2004, Ed. Revista dos Tribunais; STRECK, Lênio Luiz - "Do Garantismo Negativo ao Garantismo Positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade", *Revista JurisPoesis*, p. 225/256, ano 8, nº 7, 2005.

nal, em que as restrições a direitos fundamentais são mais graves, ao Judiciário incumbe exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis penais.

A inconstitucionalidade da lei penal não se manifesta apenas quando a lei penal viola frontalmente a Constituição, mas, também, quando não valora adequadamente os bens constitucionais; quando não tem racionalidade ou razoabilidade; quando as medidas por ela adotadas não são proporcionais.

Ao definir como típica uma conduta, o legislador concretiza uma ponderação entre os vários e possíveis direitos fundamentais que podem estar em choque. Essa ponderação precisa estar racionalmente justificada; caso contrário, a ponderação legal deve ser afastada pelo Judiciário.

Além disso, a própria utilização do direito penal não pode ser maximizada em razão do direito geral de liberdade, princípio reitor das constituições democráticas e também da brasileira. A atuação do direito penal só se justifica quando ele for a *ultima ratio*, a última medida para lidar com a conduta agressiva aos valores da sociedade.

Nesse sentido, leciona Luiz Luisi:

"É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções...

E sendo a reação penal a ultima ratio, ela não pode ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pelo crime. Há de ser proporcional, ou seja, estrita e evidentemente necessária" ³

Por um outro ângulo, que também desagua no mesmo raciocínio antes desenvolvido, cuida-se de um bem jurídico penal constitucional e valorativo, cuja violação seja grave o suficiente para legitimar a sanção penal. Luiz Regis Prado compartilha da idéia de bem jurídico penal com esse sentido constitucional e valorativo, tanto que afirma que "a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situa-

³ "Bens Constitucionais e Criminalização", Revista Eletrônica do Conselho da Justiça Federal nº 5, <http://www.cjf.gov.br/Publicações>.

ção social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano". No pensamento democrático, acrescenta, "a eminente dignidade da pessoa humana aparece desenvolvida, numa primeira explicitação, através dos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade".⁴ E, mais adiante, conclui que:

*"por essa doutrina, a caracterização do injusto material advém da proeminência outorgada à liberdade pessoal e à dignidade do homem na Carta Magna"*⁵.

Não é, portanto, só na lei penal, que se deve iniciar o estudo acerca da criminalização de determinadas condutas.

Especificamente quanto ao artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, é preciso antes identificar os direitos fundamentais envolvidos e compreender o alcance da ponderação feita pelo legislador ao criminalizar as condutas descritas. No caso, os valores em colisão seriam o direito geral de liberdade e o direito à saúde pública, que é o bem jurídico pretensamente tutelado pela norma penal.

O legislador brasileiro, diante de tal colisão, tem feito preponderar o segundo deles. Assim já ocorria ao tempo da lei anterior (Lei nº 6.368/76). Indicativo de tal ponderação de bens era a criminalização do uso de substância entorpecentes, prevendo-se a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa (artigo 16). A opção pela pena de privação da liberdade era indicativa do peso consideravelmente maior atribuído pelo legislador ao princípio da saúde pública.

Esse peso maior, perceptível pela intensidade da repressão penal, desapareceu com a edição do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, como se verá.

III. O ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006 E O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Assentada aquela premissa fundamental, cumpre, agora, verificar se o tratamento legal das condutas descritas no artigo 28 da lei

⁴ PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: RT. 2ª edição, 1997, p. 63/64 e 72/73.

⁵ *Ibidem*, p. 76/77.

citada preenche os parâmetros constitucionais. Vejamos o dispositivo legal:

"Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I- advertência sobre os efeitos da droga;

II- prestação de serviços à comunidade;

III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo."

Para o caso de descumprimento de tais medidas por parte do autor do fato, a lei prevê as seguintes consequências:

"Art. 28 (...)

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I- admoestação verbal;

II- multa."

Como se vê, não é tão nítida assim a precedência que o legislador pretendeu dar ao direito à saúde pública. A intervenção na liberdade de quem usa substância entorpecente foi bastante reduzida, eliminando-se qualquer possibilidade de pena privativa de liberdade. A reação do direito é, assim, menos intensa, menos gravosa, com o que se demonstra que não há uma distância muito grande, em termos de ponderação de bens, entre o direito de liberdade - que é o bem restringido - e o da saúde pública - que é o bem protegido. O modelo de pena adotado pelo legislador é indicativo dessa pequena preferência concedida à saúde pública.

Contudo, mesmo a intervenção mínima precisa estar justificada racionalmente. Não pode ocorrer restrição no direito geral de liberdade, ainda que mínima, sem que exista uma razão plausível. Sobre o tema manifestou-se Robert Alexy:

"...el principio de la libertad negativa exige una razón suficiente para toda restricción de la libertad, es decir, también para aquellas relativamente insignificantes... Pero, ser restringido arbitrariamente en la libertad contradice la dignidad de la persona, también cuando se trata de pequeñeces..."^{6/7}

A razão plausível para intervir na liberdade individual, no caso examinado, não parece estar devidamente justificada. Em princípio, ainda permanece discutível, na doutrina brasileira, ser a saúde pública o bem penal tutelado pela norma. Depois, a leveza da *pena* imposta já indica a fragilização de uma preponderância da saúde pública em caso de uso de substância entorpecente. Por fim, as condutas parecem não demonstrar a ofensividade que caracterizam as infrações penais.

Ora, quando o legislador prevê, abstratamente, para condutas que deveriam ser sérias e que mereceriam a intervenção penal, a *pena* de advertência - que é a que será suficiente para o geral dos casos em que o autor do fato seja primário - e para o seu descumprimento a *pena* de admoestação, impõe-se reconhecer que tais condutas não têm a gravidade que reclama a intervenção do direito penal.

O princípio da ofensividade decorre diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, III, da Constituição, que impede a tipificação de condutas que não ofendam seriamente algum bem jurídico.

Além dessa menção indireta por meio do princípio da dignidade, o princípio da ofensividade foi expressamente mencionado pela Constituição, no artigo 98, I, que prescreve a competência dos Juizados Criminais para as infrações de menor potencial ofensivo. Ora, se as infrações menos graves são aquelas de *menor* potencial

⁶ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 347, 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁷ O autor comenta uma decisão do Tribunal Constitucional alemão que reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei que impunha a internação obrigatória, em estabelecimento de assistência social, de pessoas com debilidade de vontade e que corriam, por isso, o risco do abandono. Na oportunidade, citando palavras do Tribunal, o autor assinalou: "Como el fin de la mejoría de un adulto no puede bastar como razón relevante para privar de la libertad personal", el derecho fundamental de la libertad queda afectado en su contenido esencial" (*Ibidem*, p. 289).

ofensivo, daí decorre logicamente que toda infração penal precisa ser ofensiva a bens jurídicos.

Em outras palavras, as condutas referidas não têm ofensividade. Se não têm ofensividade, não se justifica constitucionalmente a sua criminalização. Eventual criminalização é um excesso que deve ser declarado pelo Judiciário.

IV. O ESTUDO DO ARTIGO 28 NO CONTEXTO DA LEI Nº 11.343/2006

Ainda que se entenda que não houve qualquer violação à Constituição, o exame da própria lei afasta o que resta de criminalização das condutas descritas no artigo 28.

Referido enunciado normativo está alocado no Título III da Lei assim nominado: *Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas*. Já o Título IV trata da repressão à produção e ao tráfico ilícito, descrevendo figuras típicas e cominando penas.

Assim, pela localização do artigo 28, já se pode dizer que não se está cuidando de repressão penal, mas de tratamento.

Veja-se que os incisos I e III do referido dispositivo cominam verdadeiras medidas educativas, que não têm o condão de qualificar a conduta como criminosa, nem dotam o Juiz Criminal da prerrogativa de cominar-lhes pena concretamente caso julgue necessário e cabível.

Do mesmo modo, o parágrafo 6º do artigo 28, e o artigo 29 atribuem às sanções dispostas no *caput* a natureza de medidas educativas, expressamente.

Está certo que o título do capítulo em que está inserido o dispositivo cuida dos crimes e das penas e que há referências a penas em outras passagens da lei (artigos 30 e 48, § 5º).

Ora, se duas interpretações da mesma lei são possíveis, o intérprete deverá orientar-se pela solução menos gravosa ao réu, como decorrência dos princípios democráticos que governam a intervenção estatal. Há que se guiar, também, pelos princípios constitucionais, que sinalizam para a não ofensividade das condutas definidas no artigo 28, e pela não proporcionalidade da alegada criminalização.

V. A ESCOLHA DAS PENAS POR PARTE DO LEGISLADOR

O regramento que o legislador devia atender quando da cominação abstrata de penas e que vigorou até a Constituição de 1988 era o do artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal - Decreto-Lei nº 3.914/41⁸. O artigo 5º, XLVI, da Carta, contudo, alterou profundamente a sistemática existente, ao estatuir:

"XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) a privação ou restrição da liberdade;*
- b) perda de bens;*
- c) multa;*
- d) prestação social alternativa;*
- e) suspensão ou interdição de direitos";*

Com essa alteração, tem-se pretendido sustentar a revogação do artigo 1º da Lei de Introdução, bem como a plena aptidão da *pena* de advertência como sanção penal. Quanto à primeira conclusão, realmente ocorreu a revogação, ou não recepção, do referido dispositivo legal. Quanto à segunda conclusão, impõe-se um cuidado maior.

O fato de a Constituição permitir ao legislador penal impor as sanções que expressamente mencionou, *entre outras*, não significa, mais uma vez, que o legislador tenha um cheque em branco. A liberdade do legislador penal, ainda que ampla, é controlável por outros princípios constitucionais, como o da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma pena excessiva pode ser permitida, em princípio, pelo inciso XLVI da Constituição, mas pode violar os princípios da dignidade e da proporcionalidade. O legislador, portanto, não está inteiramente livre.

Além disso, nem todas as penas referidas no inciso XLVI têm natureza penal. Basta pensar nas multas e interdições administrati-

⁸ "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente."

vas. Assim, importa mais a natureza da pena do que a nomenclatura.

Daí decorre a conclusão de que a circunstância de o legislador chamar a *pena* de advertência de pena não a transforma automaticamente em sanção penal, embora possa ser um forte indício.

Quanto às penas do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, verifica-se que, tanto a primeira, como a terceira sanção, não têm caráter penal. Tratam-se, na realidade, de medidas educativas, sanções de cunho administrativo, tendentes a conscientizar o usuário de drogas dos efeitos maléficos causados à saúde pela substância. Apenas a segunda sanção - prestação de serviços à comunidade -, esta sim poderia, em princípio, se afigurar como uma sanção penal, nos moldes do disposto no art. 43, IV, do diploma penal.

Contudo, conforme já afirmado, o próprio art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em seu parágrafo 6º, conferiu à sanção do inciso 2º natureza de medida educativa. Causaria espécie, inclusive, afirmar que um mesmo dispositivo poderia cominar sanção penal e administrativa alternativamente, motivo bastante para reforçar a caracterização da *abolitio criminis* da qual se está diante.

VI. A INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO CRIMINAL PARA PROCESSAR INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Tratando-se de infração meramente administrativa, não pode ser submetida ao Juizado Especial Criminal, ainda que o artigo 48 da Lei se refira ao procedimento da Lei nº 9.099/95.

Novamente, há que se buscar o parâmetro constitucional. O artigo 98, I, da Constituição criou os Juizados para processarem e julgarem *infrações penais de menor potencial ofensivo*, não cogitando de infrações administrativas.

A não ser que se emende a Constituição, tal não será possível.

VII. A TRANSAÇÃO PENAL E AS PENAS DO ARTIGO 28

Embora o artigo 48, § 5º possa pretender fazer alusão à transação penal, ao utilizar a expressão *aplicação imediata de pena prevista no artigo 28*, não parece ser o caso daquele instituto.

Na transação penal, as duas partes cedem alguma coisa. O Ministério Público abre mão da imposição de pena de prisão (artigo

72 da Lei nº 9.099/95) e da reincidência (artigo 76, § 6º da mesma Lei), e o autor do fato dispensa um processo com todas as garantias processuais.

No caso do artigo 28 da lei em comento, em que estará cedendo o Ministério Público? A transação penal teria o mesmo objeto que a condenação penal.

Além disso, se for para somente advertir ou admoestar, o processo penal não parece ser o meio adequado e proporcional para fazê-lo, bastando que se o faça como já se faz nos maços de cigarro e nos rótulos de bebidas alcoólicas. O processo penal, assim, seria um excesso, que violaria o princípio da proporcionalidade.

Por fim, a suposta transação penal só poderia incidir nas penas do artigo 28 por expressa determinação do artigo 48, § 5º, não sendo possível oferecer qualquer outra modalidade de prestação.

VIII. O CONTEXTO SOCIAL DA LEI Nº 11.343/2006

A jurisprudência já vinha, de há muito, questionando o caráter penal do artigo 16 da Lei nº 6.368/76:

STJ:

"PENAL - ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA. A Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, para conceder a ordem de trancamento da ação movida em face do ora paciente - Atipicidade (Art. 16, da Lei 6.368). Concedese a ordem de trancamento da ação penal, em face da ínfima quantidade de "maconha", em cujo uso foi flagrado o ora paciente, configurado o chamado princípio da insignificância." (5ª Turma, RHC 7205/RJ, Rel. Ministro José Dantas, julgado em 07/04/1998)

TJSP:

"Quantidade ínfima de maconha. Inocuidade para gerar distorções psíquicas. Fato atípico." (TJSP - AC 42.883 - Rel. Gonçalves Sobrinho - RJTJSP 102/451)

"Em 1 gr. de maconha, o THC, que é o seu componente responsável pela euforia, corresponde à 10 mg. Destes, apenas metade é absorvida, o que é insuficiente para gerar distorções

psíquicas no agente, em face do metabolismo." (TJSP - Rel. Paulo Neves - RT 585/290)

TJRS:

"(...) Uso de entorpecente. A conduta de trazer consigo entorpecente para uso próprio não configura delito, pois ausente a lesividade. (...)" (8ª Câmara Cível, AC 70005160916, Rel. Rui Portanova, julgado em 07/11/2002)

"Apelação Crime. 1) Porte de substância entorpecente para uso próprio (conduta "guardar"). "Cannabis sativa" apreendida na residência do acusado. Art. 16, da Lei 6.368/76. Violação dos princípios da dignidade, humanidade e ofensividade. Absolvção mantida. (Art. 386, III, do CPP) (...)" (6ª Câmara Criminal, AC 70007669427, Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, julgado em 04/03/2004)

" (...) Em verdade, penso que tanto o artigo 52, como a primeira parte do inciso I do artigo 118 da LEP devem ser (re)lidos de forma a compatibilizá-los com as alterações introduzidas na legislação penal pelas Leis n.ºs 9.099/95 e 10.259/01, de modo que delitos de escassa lesividade, como o é o do artigo 16 da Lei n.º 6368/76, sejam excluídos do rol de crimes dolosos, cuja cometimento caracteriza falta grave e autoriza a regressão do regime prisional, independentemente do trânsito em julgado da futura e eventual sentença condenatória.(...)" (5ª Câmara Criminal, AC 70013858626, Rel. Des. Luis Gonzaga da Silva Moura, julgado em 29/03/2006)

"(...) Artigo 16, da Lei nº 6.368/76. Quantidade ínfima de maconha. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Sendo ínfima a lesão ao bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno, que não subsiste qualquer razão para que se imponha reprimenda. Apelo parcialmente provido." (Câmara Especial Criminal, AC 70004657698, Rel. Drª. Maria da Graça Carvalho Mottin, julgado em 17/12/2002)

"PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (UNÂNIME)

- A Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados, nos quais prepondera o "emprego constante de nor-

mas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas" (ver: Salo de Carvalho, "A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização", Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34).

- Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgência punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade.

- No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros.

- Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior - atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional!

- Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Kanam e Salo de Carvalho." (5ª Câmara Criminal, AC 70004802740, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho julgado em 07/5/03)

Na verdade, a jurisprudência, ainda que minoritária, estava recolhendo influências emanadas da sociedade, especialmente de correntes das ciências da saúde que sustentam a inadequação do tratamento jurisdicional do uso de substância entorpecente.

Inegavelmente, o Judiciário interage com tais influências, daí podendo surgir novas orientações jurisprudenciais e até novas leis. Esse fenômeno é descrito e explicado por vários autores.

André Jean Arnaud a ele se refere como polisistemia, explicando que tais sistemas, que estão à margem do direito, têm vocação para se tornarem direito:

"Se, por outro lado, se considera o direito por um prisma que não o dos juristas dogmáticos, isto é, como sistema jurídico, ele passa a ser objeto de uma dialética infinita com os outros sistemas que lhe fornecem alimento: a sociedade, a política, a moral, a psicologia, a religião, a economia e a ciência...

Ora, há um modo de descrição simples das relações entre sistemas: nós o designaremos polisistemia...

Assim, paralelamente ao direito, e, às vezes, contra ele, se organizam sistemas jurídicos concebidos e vivenciados como pré-formados e flexíveis...

Entre esse sistema comum e o direito há uma interação que aparece como um afrontamento entre dois sistemas jurídicos...

Da confrontação entre esses sistemas jurídicos, que se fundamentam em razões divergentes, poderá ocorrer uma mudança jurídica...

Do choque pode nascer uma inovação, uma adaptação, uma vacinação do velho sistema ou uma recuperação do novo pelo mais antigo"⁹.

Embora com algumas divergências em relação ao autor anterior, Niklas Luhmann também sustenta deva a jurisprudência consultar e deixar-se influenciar por outros sistemas, porque ele não se basta em si:

"O sistema funciona como sistema operativo fechado, à medida em que ele somente precisa reproduzir suas próprias operações; mas ele é, exatamente nessa base, um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que ele deve estar disposto a reagir a proposições...

...o sistema deve implementar a sua própria autopoiesis num mundo circundante, cuja complexidade ele não pode abarcar...

...não podemos negar o fato de que os programas do sistema jurídico não podem determinar completamente as decisões dos Tribunais. Dito de outra forma: o sistema não pode operar

⁹ Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos, p. 327/333, 2000, Ed. Renovar.

*somente com um lógica puramente dedutiva... Não existe nenhuma jurisprudência mecânica. Os Tribunais devem, queiram ou não..., interpretar, construir e, se for o caso, distinguir os casos..."*¹⁰

Se já caminhávamos na direção da descriminalização, como apontavam parte da doutrina e da jurisprudência, por que voltaremos atrás para criminalizar o que não precisa de criminalização? Antes da criminalização, tais condutas precisam de uma política séria e conseqüente de informação, de educação e de tratamento terapêutico gratuito por parte do Poder Público.

A hipocrisia da lei fica patente quando se observa que todos os artigos que impunham prestações positivas do Estado em prol do tratamento efetivo do uso de drogas foram vetados, livrando-se, o Executivo, de qualquer responsabilidade. Mas ao Judiciário não se poupou a responsabilização, impondo-se não só a implementação de *curso educativo* - que não existe na rede pública -, até a incômoda tarefa de advertir *sobre os efeitos das drogas*, para a qual não tem preparo técnico e científico.

IX. CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que o tipo do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 não é penal, mas administrativo, e que seu preceito secundário contém penas administrativas, que fogem à competência dos Juizados Criminais.

Chama-se, assim, a responsabilidade do Executivo para implementar um serviço administrativo capaz de lidar com a grave nocividade do uso abusivo de substância entorpecente.☐

¹⁰ "A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico", *Revista da AJURIS*, nº 49, ano XVII, 1990, julho.

Sincretismo Processual e Dois de Seus Efeitos

Carlos Eduardo da Fonseca Passos
Desembargador de TJ/RJ.

Muito se tem discutido sobre a necessidade da intimação pessoal da parte, para que o prazo, de que trata o art. 475-J, do diploma processual civil, comece a fluir, cuja redação é a seguinte:

"Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação."

Contudo, antes de dirimir essa *quaestio iuris*, impõe esclarecer seu termo inicial.

Para tanto, pequena digressão é obrigatória.

Não se pode olvidar que o princípio cardeal das reformas processuais, que se iniciaram na década de 90, é o da efetividade do processo.

Dessarte, qualquer norma editada a partir delas deve ser pensada e interpretada, primeira e essencialmente, à luz daquele princípio.

Como cediço, normalmente, a sentença condenatória, no momento de sua prolação, não é dotada de efeito executório. Com efeito, ela está sujeita à eficácia impeditiva. De outro lado, via de regra, a apelação eventualmente interposta será recebida com efeito suspensivo.

Por conseguinte, normalmente, não é da intimação da sentença, que se inicia o prazo para a incidência da multa, cuja natureza jurídica, indubitavelmente, é de coerção legal, para pressionar o devedor ao seu cumprimento espontâneo, tudo isso sob os auspícios do princípio já referido.

Julgada a apelação, incabíveis embargos infringentes e, de outro lado, decorrido o prazo de embargos de declaração, porquanto estes recursos, se recebidos, comportam efeito suspensivo, não há mais outra forma de impugnação com aquela eficácia. Isto quer dizer que a partir de então a sentença, substituída pelo acórdão (art. 512, do Código de Processo Civil), passa a produzir efeitos, ou ao menos, ser provisoriamente cumprida.

Assim, o termo inicial do prazo para incidir a sanção é o momento em que o condenado é intimado, de que a sentença é exeqüível, quer porque os demais recursos não têm efeito suspensivo, quer porque a sentença, de imediato, poderia ser executada provisoriamente (e.g., a proferida em ação de alimentos- art. 520, inciso II, do mesmo diploma).

Dada multiplicidade de situações quanto ao momento em que a sentença possa ser cumprida, mesmo que de forma provisória, melhor asserir que aquele é seu termo inicial.

Poder-se-á aduzir, todavia, com Theodoro Junior, que "a multa do art. 475-J, porém, não se aplica à execução provisória, que só se dá por iniciativa e por conta e risco do credor, não passando, portanto, de faculdade ou livre opção de sua parte" (**As Novas Reformas do Código de Processo Civil**, Forense, 2007, p. 144).

Malgrado a autoridade do ilustre processualista mineiro, o argumento se sustenta, *d.v.*, apenas *ad verecundiam*. Só mesmo o peso intelectual do jurista poderia subjugar tese contrária, o que, de forma alguma, seria suficiente para tanto, na medida em que o argumento tirado da autoridade, como diz Santo Tomás, é o mais fraco de todos, porquanto provém do homem.

Ora, não se pode esquecer o tempo de julgamento nos Tribunais Superiores, entulhados de recursos, muitas vezes quase igual a todo o tempo do processo nas outras instâncias.

O exegeta não pode desprezar a realidade dos fatos. Na interpretação das normas, tais dados do viver cotidiano devem fazer parte de sua excogitação e influir na conclusão.

Bastante atual a advertência de John Locke, de que as verdades morais e as matemáticas guardam maior conexão do que se supõe.

Ademais, o entendimento apresenta inconveniente de ordem prática: se o recurso especial, e.g., não for conhecido, o trânsito em julgado retroage, pois é como se ele não tivesse sido interposto e o prazo de cumprimento de 15 dias, fatalmente, já terá decorrido.

Em razão de tais circunstâncias, que merecem influxo na solução a ser alvitrada, aliadas ao princípio da efetividade do processo, bem se percebe que a interpretação do eminente processualista mineiro, jamais, atenderá àquele postulado, ressalte-se mais uma vez, princípio basilar de todas as reformas.

Ademais, as perspectivas de êxito do recorrente são reduzidas nos recursos especial e extraordinário, de sorte que outro não pode ser o desfecho, senão o de que o termo inicial do prazo da multa é a intimação do condenado de que a sentença se tornou exequível, de forma definitiva ou provisória, obviamente, quando já liquidada.

Acrescente-se que na execução provisória podem ser praticados atos de disposição, evidentemente, com a prestação de caução, o que permite inferir que também nela a multa incide.

Por isso, acertada a lição de Athos Gusmão Carneiro, vazada nos seguintes termos:

"Tal prazo passa destarte automaticamente a fluir, independente de qualquer intimação, da data em que a sentença (ou o acórdão, CPC art. 512) se torne exequível, quer por haver transitado em julgado, quer porque interposto recurso sem efeito suspensivo.....O prazo transcorre a partir do momento em que a decisão jurisdicional reúne eficácia suficiente para autorizar a execução do julgado, mesmo quando a hipótese comportar apenas a execução provisória" (Cumprimento da Sentença Civil, Forense, 2007, p. 53).

No mesmo sentido Guilherme Rizzo Amaral, cuja doutrina é justificada, *verbis*:

"Ao franquear ao credor a possibilidade de requerer não apenas o cumprimento provisório, mas também a execução provisória do julgado, a lei reconhece a mesma exigibilidade às sentenças e acórdãos com ou sem trânsito em julgado, modificando-se apenas as garantias necessárias para o desenvolvimento expropriatório. O que distingue a sentença transitada em julgado e aquela pendente de recurso é a eficácia declaratória plena, a certeza jurídica que só é conferida na primeira espécie" (A Nova Execução, Comentários à Lei 11.232, de 22/12/05, Forense, 2006, p. 96 e 97).

Definida a primeira questão, cumpre resolver a segunda pertinente à necessidade de intimação pessoal da parte condenada.

Sustenta-se que, como o ato da parte de pagar é personalíssimo, sua intimação pessoal é imprescindível.

A interpretação, impregnada de forte conteúdo de purismo jurídico, põe de lado o princípio da efetividade do processo e abstrai o sincretismo processual, porquanto não há novo processo, apenas a fase executiva se inicia, cuja inauguração deve prescindir daquela exigência.

Indiscutivelmente, o devedor tem de tomar conhecimento do momento em que flui o prazo, após o qual a multa passará a incidir, na medida em que as partes têm de ser comunicadas de todos os atos processuais. Isto não significa, contudo, a necessidade daquela providência, sob pena de sublevação contra o sincretismo processual consagrado na Lei n.º 11.232/05, além de afrontar o princípio da efetividade processual, postulado sempre presente e marcante na interpretação das normas das reformas.

Conspira-se contra o sincretismo na intimação pessoal, porquanto, em termos práticos, pouco difere aquela da citação, com os mesmos obstáculos e idênticas dificuldades.

Realmente, o devedor poderá ocultar-se e impedir, com tal conduta, o lapso do prazo de 15 dias em claro desrespeito àquele princípio, cujo termo, bom enfatizar, é bem superior ao de outrora (24 horas).

Cumpre acrescentar, é de todos sabido, que muito mais fácil ocorria citação no processo de conhecimento do que no de execução. Já quando era para pagar, todas as dificuldades surgiam.

Assim, basta a intimação das partes, na pessoa de seus advogados, de que a sentença se tornou exeqüível, normalmente efetivada através da publicação no órgão oficial.

Ao devedor é que compete, de forma pressurosa, satisfazer o julgado, seja decorrente de cumprimento definitivo ou provisório, daí por que a exigência da intimação pessoal se revela descabida.

Athos Gusmão Carneiro leciona que "a exigência representará uma 'ressurreição', sob outra roupagem, dos formalismos, demoras e percalços que a nova sistemática quis eliminar do mundo processual" (ob. citada, p. 54 e 55).

No mesmo sentido se expressa Guilherme Rizzo Amaral, se não vejamos:

"Seria atentar contra a simplificação do processo - obtida em especial com a eliminação da citação em processo de execução autônomo - exigir-se diligência específica para encontrar o devedor e informá-lo da sentença condenatória e do preceito que agora lhe é exigido em sede provisória. Aliás, poderia ter sido mais enfático o legislador neste ponto, muito embora a leitura dos arts. 236 e 237, do CPC autoriza tal conclusão" (ob. citada, p. 95).

Se permitido recorrer ao direito comparado, o Código de Processo Civil italiano permite a intimação da parte na pessoa de seu advogado nesta hipótese (*apud* Guilherme Rizzo Amaral, op. citada, mesma página, em nota de rodapé).

A adoção do sincretismo processual não se presta a mero devaneio doutrinário de pôr termo ao dualismo processual - conhecimento e execução -. Busca e alcançará propósitos mais altaneiros, - obter efeitos práticos e concretos no processo -, dentre eles o de restringir e até eliminar a prática de atos processuais e a observância de formalidades inúteis que podem, em outros tempos, ter desfrutado de certo prestígio, mas que não mais encontram espaço no processo civil contemporâneo, totalmente voltado para a efetivação do direito material, sem a preocupação de veleidades teóricas, que antes tanto se valorizava.

Ora, exigir a intimação pessoal, no lugar da citação, perdoe-se o adágio popular, "é trocar seis por meia-dúzia". O ditado atual e condizente com as reformas é outro: "ganhou, tem que levar".

O reflexo prático de exclusão daquele ato é, portanto, inafastável.

O entendimento acerca da imperiosidade da intimação pessoal só se justifica como resquício de alguns processualistas, que, ainda, pretendem atribuir ao Direito Processual Civil *status* de *scientia reatrix*.

Por fim, o art. 234, do Código de Processo Civil, não distingue entre as modalidades de intimação, nem impõe a observância daquela forma de comunicação do ato processual na hipótese de cumprimento de sentença, de sorte que não cabe ao intérprete distinguir.

Tudo, por conseguinte, induz à inexigibilidade da intimação pessoal, daí por que o prazo do art. 475-J, do Código de Processo Civil, flui do momento em que a sentença se torna exeqüível, cuja comunicação respeitará o disposto nos art. 236 e 237, do estatuto processual. ☐

Juizados Especiais Cíveis e o Devido Processo Legal

Alberto Republicano de Macedo Jr.
Juiz de Direito em Exercício na 2ª Vara Cível de São Gonçalo-RJ.

Não restam dúvidas de que a criação dos Juizados Especiais Cíveis conseguiu diminuir alguns dos obstáculos ao efetivo acesso à Justiça, aproximando a população em geral do Poder Judiciário, assegurando, assim, a observância dos direitos insculpidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Entretanto, a busca incessante da nossa Justiça, mormente esta justiça especializada, vem por vezes afrontando sobremaneira um dos mais importantes princípios processuais constitucionais: o devido processo legal.

Com efeito, algumas decisões vêm sendo proferidas sem a observância do referido princípio que tem como elementos, dentre outros, a imparcialidade do Juiz, o contraditório e a necessidade de um julgamento baseado em provas, devidamente documentado e motivado.

No presente artigo vamos nos limitar à apreciação da vulneração deste último elemento, o julgamento baseado em provas.

Não são raras, ao contrário, são bastante comuns sentenças proferidas em sede Juizados Especiais Cíveis que afastam preliminar de incompetência absoluta deduzida pelos réus pela necessidade de produção de prova pericial, na maioria das vezes fornecedores de serviços e produtos, sob a alegação de que há outros meios de prova que podem auxiliar na formação do convencimento do Magistrado, já que não seria a citada prova pericial o único meio de prova capaz de autorizar a prolação da sentença.

Dois exemplos corriqueiros envolvendo duas das mais demandadas concessionárias de serviços públicos do Estado do Rio de Janeiro, Telemar e Ampla, nos chamam a atenção.

Há inúmeras demandas ajuizadas em face da primeira, em que o consumidor sustenta que não reconhece determinadas ligações telefônicas inseridas em sua fatura de consumo. Aqui, neste exemplo, são aplicáveis as regras gerais de distribuição do *onus probandi*, notadamente aquela prevista no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, posto que a parte autora - consumidor - não tem como fazer prova de fato negativo, ou seja, de que não utilizou o seu terminal telefônico para realizar aquelas chamadas impugnadas. Assim cabe somente ao fornecedor provar de forma cabal que foi o autor - consumidor - quem efetivamente realizou aquelas ligações, o que somente pode ser provado através da produção de prova pericial, o que não é admitido em sede de Juizados Especiais Cíveis, o que leva o fornecedor a deduzir a preliminar de incompetência.

O segundo exemplo envolve a Ampla, concessionária de energia elétrica que atende a maior parte dos consumidores de nosso Estado.

Aqui, temos uma situação em que o consumidor ajuíza perante o Juizado Especial Cível uma demanda em face da concessionária aduzindo que seu consumo está acima da média dos últimos meses, razão pela qual entende que a cobrança que vem sendo realizada por aquela se apresenta abusiva.

Da mesma forma, a referida empresa deduz preliminar de incompetência absoluta sustentando que, para ser aferido o real consumo do demandante, é imperiosa a realização da prova pericial de engenharia na sua residência.

Se ambas as demandas tivessem sido ajuizadas perante uma vara cível, sem sombras de dúvida que o Magistrado que preside o processo iria deferir a produção da prova pericial requerida pelas concessionárias.

Entretanto, no nosso Estado, há a evidente tendência dos Magistrados que atuam nos Juizados Especiais Cíveis de rejeitarem de plano a preliminar de incompetência ao argumento, já mencionado, de que há outros meios de prova que podem auxiliar na forma-

ção do convencimento do Magistrado, não sendo a prova pericial o único meio de prova capaz de autorizar a prolação da sentença.

Entretanto, ressalvando inúmeros posicionamentos em contrário, entendo que tal conduta viola frontalmente o devido processo legal, eis que não observa uma das garantias que servem de corolário para o festejado princípio constitucional, qual seja, a plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

É cediço que, em grande número de demandas, os fornecedores deduzem preliminares sem qualquer fundamentação jurídica com o único propósito de causar uma balbúrdia processual, mas o Magistrado deve estar atento e ter sensibilidade para compreender que em determinados casos, como os que foram acima citados, não se pode abrir mão da garantia jurídica que decorre da observância da plenitude de defesa, entendendo que nem sempre uma decisão rápida reflete uma decisão justa e eficaz.

Não se está aqui negando a evidente situação de hipossuficiência do consumidor perante grandes forças econômicas, porém não se pode negar a essas mesmas forças econômicas o direito constitucional do devido processo legal.

Nas palavras do eminente advogado e jurista Oreste Nestor de Souza Laspro, "*Significa o devido processo legal não o direito de ação ou o direito à sentença, mas sim o direito de acesso à justiça e ao recebimento da tutela jurisdicional por meio de procedimento previsto em lei. Traduz desta maneira a necessidade de um processo efetivo, respeitando, no entanto, a segurança jurídica*".

Conclui-se, portanto, que nós, orgulhosos Magistrados deste Estado do Rio de Janeiro, devemos estar sempre atentos para aquelas hipóteses em que não se pode, ao simples argumento da celeridade processual, olvidar dos princípios processuais constitucionais que regem o processo, mesmo em sede de Juizados Especiais, sob pena de estarmos negando a efetividade da justiça ao outro lado da moeda, devendo haver, sempre que necessário, o reconhecimento da incompetência dos Juizados Especiais Cíveis ante a necessidade de realização de prova pericial. ☐

Prontuário Médico e a Inversão do Ônus da Prova

Camilla Prado

Juíza de Direito em exercício junto ao XX Juizado Especial Cível da Capital/RJ

Muito se discute acerca da responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal e da possibilidade de inversão do ônus da prova em ações que visam apurá-la.

O primeiro instituto dispõe que o profissional liberal somente responde civilmente pelos danos que houver causado em razão de atuar com negligência, imprudência e imperícia, ou melhor, tenha agido com culpa.

O segundo instituto prevê situações específicas e extraordinárias em que se pode exigir que a prova seja produzida não por quem alega o fato, mas pela parte adversa.

Opiniões abalizadas de nossa doutrina são no sentido de que, em se considerando possível a inversão, haveria o desvirtuamento da subjetividade da responsabilidade, transformando-a em objetiva, eis que caberia ao próprio profissional provar sua ausência de culpa. No entanto, ousou discordar desta corrente, pelos motivos que passo a expor.

A priori, cumpre destacar que a análise ora apresentada se fará sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, trazido pela Lei nº 8.078/90.

O sistema ordinário de distribuição do ônus de se produzir prova, previsto no art. 333 do Código de Processo Civil, determina que, em regra geral, "quem alega prova", ou seja, cabe ao autor provar fatos constitutivos de seu direito, e ao réu provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste direito.

Na Lei nº 8.078/90, há duas fontes legais que regulam a distribuição do ônus da prova, e que alteram a regra geral supra. O art. 14, *caput*, dispõe que o fornecedor de serviço responde pela reparação de danos causados por defeitos relativos à sua prestação, independentemente de culpa. Trata, desta forma, da chamada responsabilidade objetiva. Nela, ainda se exige que estejam presentes os requisitos da responsabilidade civil consistentes na conduta do agente, a existência de dano e o nexo de causalidade entre eles. Não se perquire, no entanto, se a conduta foi decorrente da violação pelo agente de algum dos deveres de cautela exigíveis do chamado homem médio.

O parágrafo 3º desse artigo determina que o fornecedor somente não será responsabilizado se provar que inexistente o defeito ou que houve culpa exclusiva do próprio consumidor ou de terceiro.

Como se vê, trata-se de distribuição do ônus por determinação legal, não há qualquer inversão da regra ordinária. Seguindo a orientação do art. 333 do CPC, o fornecedor deve provar o fato que alega em seu favor.

O parágrafo 4º do mesmo artigo 14 excepciona, entre os fornecedores de serviço, os profissionais liberais, que, diferentemente dos demais, terão sua responsabilidade pessoal apurada mediante a verificação de culpa. Portanto, a eles não se aplica a responsabilização objetiva prevista no *caput* do artigo, e, conseqüentemente, o ônus de provar a ausência de defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A segunda forma de distribuição do ônus da prova é a possibilidade de inversão do encargo ordinário. Tal previsão se encontra no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que o juiz pode inverter o ônus da prova toda vez que, havendo verossimilhança em suas alegações, o consumidor for tecnicamente hipossuficiente para provar o que alega.

A meu sentir, esta previsão em nada se relaciona com a previsão de responsabilidade objetiva do já citado art. 14, *caput*.

Por esta razão, a aplicação do previsto no art. 6º, inciso VIII, seria cabível ainda que na seara da responsabilidade subjetiva. Ainda caberia a análise acerca da existência de culpa do profissional,

mas este seria obrigado a produzir a prova dos fatos em razão de se acharem presentes os requisitos autorizadores da inversão do ônus.

Nesta linha de raciocínio, a prova que tipicamente fica em poder do médico é o prontuário médico, ou seja, o registro do tratamento dado ao paciente, com anotações acerca de medicação, evolução do quadro, diagnósticos e prognósticos. Não raro é a única fonte de informação sobre a atuação do médico, e fica justamente em sua posse.

Se seu paciente alega que houve erro médico, e por isto pede indenização por danos sofridos, será hipossuficiente para provar sua alegação, justamente porque não dispõe da prova capaz de elucidar os fatos, se houve ou não falha em seu tratamento, e assim se verificando a possível conduta culposa do agente.

Neste caso, apesar de se tratar de responsabilidade subjetiva, em que haverá, sim, que ter o agente agido com culpa, será determinante a inversão do ônus da prova. Esta visa a evitar que o consumidor dos serviços médicos se veja impedido de demandar quando não dispõe de provas que ficam sob a posse do fornecedor.

Assim, ainda que se trate de fato alegado pelo autor, e não pelo réu, a determinação de quem deve produzir a prova advém não do fato de ser a responsabilidade objetiva, mas sim do fato de que o consumidor não tem acesso à prova.

Por todo o acima o exposto, filio-me à tese de que é possível, e até indispensável, que se permita a inversão do ônus da prova em ações que versem sobre a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal.☐

Súmula Vinculante e a Lei nº 11.417, de 2006: Apontamentos para Compreensão do Tema

Leonardo Vizeu Figueiredo

*Procurador Federal. Professor da UFF, da
Universidade Santa Ursúla e da EMERJ*

1. INTRODUÇÃO

Os constantes reclamos sociais face à morosidade com a qual tramitam inúmeras querelas judiciais, bem como a necessidade de se salvaguardar a segurança jurídica, a isonomia e a celeridade processual, assim como, por corolário, a credibilidade das decisões emanadas do Poder Judiciário, levaram o legislador constituinte derivado reformador a introduzir no ordenamento jurídico-constitucional pátrio o instituto da súmula vinculante, ampliando e dando observância obrigatória aos efeitos objetivos de suas decisões.

O referido instituto de direito foi fruto da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mais conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, a qual acresceu ao texto da Carta Política de outubro de 1988, o art. 103-A, com a seguinte redação:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como

proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Busca-se resgatar a efetividade do devido processo legal por meio de um instituto que irá estabelecer o entendimento da Suprema Corte Federal brasileira sobre matérias constitucionais de direito, tornando a exegese fixada pelo Pretório Excelso de observância obrigatória por todos os órgãos e entes derivados dos Poderes Constituídos Judiciário e Executivo, os quais limitar-se-ão à análise de aspectos fáticos, tão-somente, como forma de se reduzir o lapso temporal referente ao trâmite procedimental na Justiça e na Administração Pública e de se garantir a segurança jurídica na Nação.

A fim de regulamentar o referido artigo, foi editada em 19 de dezembro de 2006, quase dois anos após a Reforma do Poder Judiciário, a Lei nº 11.417, cuja análise é objeto do presente artigo, que busca analisar a referida lei, como forma de fornecer ao operador do direito alguns apontamentos para a compreensão do tema.

2. JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA

Inicialmente, insta conceituar e estabelecer as diferenças existentes entre as diversas manifestações exaradas dos órgãos judicantes, bem como os seus tradicionais efeitos dentro do direito.

Jurisprudência é o conjunto de soluções dadas às questões de direito pelos tribunais, sendo fruto da interpretação reiterada que as cortes dão à lei, nos casos concretos submetidos a seu julgamento. Quanto à súmula, trata-se da sinopse da jurisprudência, isto é, do processo de edição de enunciados por parte das Cortes de Julgamento que vão traduzir sua orientação jurisprudencial.

Corroborando o entendimento acima, vale transcrever o art. 102 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar que, dada a nossa tradição romano-germânica, tanto a jurisprudência quanto a súmula têm força meramente indicativa, não sendo de observância obrigatória por parte das instâncias inferiores. Todavia, não há como lhes negar papel fundamental como instituto de interpretação do direito, uma vez que fornecem preciosa orientação sobre a hermenêutica a ser dada a casos concretos.

Neste sentido, destacamos a seguinte lição:

"Jurisprudência nada mais é do que reiteração uniforme e constante de certa decisão sempre no mesmo sentido. Porém, por conveniência do tribunal, quando há um consenso sobre uma linha jurisprudencial, é possível sintetizar tal entendimento através de um enunciado em "súmula". Apesar de serem distintos, em um ponto se assemelham, ambos não têm qualquer caráter cogente, não obrigando os julgadores. Valer dizer, servem como mera orientação, não engessando a convicção pessoal do magistrado, que pode livremente contrariá-las, desde que fundamente sua decisão. Contudo, é óbvio, que não se pode ignorar a profunda influência que as súmulas exercem sobre o desempenho do judiciário como um todo. Mas, frise-se, trata-se de uma influência persuasiva, não normativa".¹

¹ FIGUEIREAS, Júlio da Costa. "Objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade" - Monografia apresentada ao curso de direito como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em direito da Universidade Santa Úrsula. Rio de Janeiro: 2006.

Diferentemente de nossa tradição jurídica, a Reforma do Poder Judiciário facultou ao Supremo Tribunal Federal a edição, a revisão e o cancelamento dos enunciados de sua súmula, dando-lhe caráter de observância obrigatória por parte do Judiciário e do Executivo.

Tal instituto tem inspiração na teoria dos precedentes do direito norte americano, a fim de se garantir a completude e o respeito às decisões emanadas da Suprema Corte.

3. A TEORIA DOS PRECEDENTES NORTE-AMERICANA

No direito norte-americano, a declaração de inconstitucionalidade é realizada no bojo de um caso concreto, não sendo dotada de efeito *erga omnes*. Mas, por ser país de tradição anglo-saxônica, com raízes no *Common-law*, o direito norte-americano adotou a doutrina do *stare decisis*, que acaba por atribuir naturalmente eficácia geral e vinculante às decisões da Suprema Corte. *Stare decisis* provém da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*². A decisão da Corte Americana gera um precedente com força vinculante, de modo a assegurar que, no futuro, um caso análogo venha a ser decidido da mesma forma.³

A teoria dos precedentes permite que casos idênticos sejam julgados da mesma forma, evitando contradições e insegurança jurídica. Dessa forma, uma decisão do passado, cujos motivos foram expostos, deve ser aplicada em casos similares e futuros onde caiba a mesma fundamentação, e somente novas e persuasivas razões poderão admitir uma decisão que não seja similar às decisões antecedentes.

No constitucionalismo americano, em que pese a declaração de inconstitucionalidade no modelo incidente operar *inter partes*, diretamente sobre essas decisões aplica-se a teoria dos precedentes (*stare decisis*), assegurando naturalmente a eficácia obrigatória e geral das decisões da Suprema Corte Americana.

Observe-se que, desta forma, salvaguarda-se a segurança jurídica e, por corolário, a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

² Ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso - minha livre tradução.

³ LIMA, Leonardo Moreira. "*Stare decisis* e Súmula vinculante: um estudo comparado". PUC-Rio. Disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_leonardo.html. Acesso em 28 de outubro de 2006.

4. DO PROCEDIMENTO PARA EDIÇÃO, REVISÃO E CANCELAMENTO DE SÚMULA VINCULANTE NA LEI Nº 11.417, DE 2006

Com o fito de regulamentar o precitado art. 103-A da CRFB, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi promulgada a Lei nº 11.417, de 2006, que disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante por parte do Egrégio Supremo Tribunal Federal, bem como alterou a Lei do Processo Administrativo Federal (nº 9.784, de 1999).

O procedimento para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante não se encontra suficientemente disciplinado na lei regulamentadora, a qual limita-se a estabelecer o *quorum* qualificado de apreciação pelo plenário, o rol de legitimados ativos para propositura de enunciado com efeito vinculante da súmula do Pretório Excelso, a possibilidade de manifestação de terceiros, a modulação de efeitos materiais e temporais do respectivo verbete, a possibilidade de reclamação em face da inobservância da súmula vinculante, bem como a aplicação subsidiária do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A apreciação de proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é de competência do órgão pleno do Supremo Tribunal Federal, o qual irá deliberar pelo *quorum* qualificado de 2/3 (dois terços) de seus membros.

Formulada a proposta *ex officio* ou por parte de um dos legitimados ativos, esta será distribuída a um relator que, em homenagem ao disposto no art. 103, §1º, da CRFB, e em obediência ao art. 2º, § 2º, da lei regulamentadora, irá proceder à oitiva do Procurador-Geral da República, tão-somente nas proposições não formuladas pelo mesmo, podendo, ainda, admitir, ou não, manifestação de terceiros.

Feito isto, o procedimento será submetido ao pleno do Pretório para deliberação. Uma vez apreciado o pedido no sentido de editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal terá prazo de 10 dias para publicar o respectivo verbete na imprensa oficial, e assim produzir-se-ão efeitos imediatos, a partir da data de sua publicação, podendo, todavia, o Pretório Excelso modular seus efeitos temporais, restringindo, ainda, sua eficácia vinculante, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Outrossim, há que ser ressaltado que a formulação de proposta de enunciado de súmula com efeito vinculante não autoriza a suspensão dos processos subjetivos que tenham como fundamento questão idêntica, não possuindo o referido procedimento força de questão prejudicial.

Visto isso, passe-se à análise dos demais aspectos materiais e formais da referida lei.

4.1 Da natureza jurídica do procedimento para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante na Lei nº 11.417, de 2006

Inicialmente, insta delimitar qual a natureza jurídica do procedimento para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante estabelecido na Lei nº 11.417, de 2006.

Da análise dos diversos dispositivos da referida lei, depreende-se que se trata de procedimento de natureza objetiva de competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, uma vez que versará, exclusivamente, sobre a validade, interpretação e eficácia de normas jurídicas em face do texto constitucional.

Em que pese haver a possibilidade de manifestação de terceiros, não há que se falar em discussão sobre interesses pessoais, uma vez que o Pretório Excelso limitar-se-á, tão-somente, a objetivar a fundamentação de seus julgados exercida em sede de controle difuso de constitucionalidade ou no exercício de sua competência originária (quando se tratar de matéria constitucional), nos termos estabelecidos no art. 102 da CRFB, a ser compendiada nos enunciados vinculantes que compõem sua súmula.

4.2 Dos limites subjetivos dos efeitos da súmula vinculante

Conforme prescrito no art. 2º da Lei nº 11.417 de 2006⁴, devem submissão obrigatória aos enunciados vinculantes da súmula do Supremo Tribunal Federal todos os órgãos do Poder Constituído Judiciário, bem como todos os órgãos e entes da Administração Pública direta e indireta dos entes federativos municipal, estadual e federal.

⁴ Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

É de se ressaltar que não houve citação expressa da Administração Pública distrital tanto por parte do legislador constituinte reformador quanto por parte do legislador infraconstitucional. Todavia, não há como excluir do campo de incidência de eficácia da súmula vinculante o Distrito Federal, devendo o referido art. 2º ser interpretado extensiva e sistematicamente com os demais dispositivos da lei.

Assim, uma vez que o art. 3º, IX e X, estabelece legitimação ativa para a propositura de súmula vinculante à Câmara Legislativa do Distrito Federal, bem como ao Governador do Distrito Federal, a sua exegese sistêmica com o art. 2º nos indica que a Administração Pública distrital, seja direta ou indireta, encontra-se sob a égide da observância obrigatória dos enunciados vinculantes da súmula do Supremo Tribunal Federal.

4.3 Do objeto da súmula vinculante

Para se estabelecerem os limites do objeto dos verbetes vinculantes da súmula do Pretório Excelso, mister se faz a exegese do art. 103-A, § 1º⁵ da CRFB combinado com o art. 2º, *caput*, **ab initio**, e § 1º da lei regulamentadora.

Assim, nos termos dos precitados dispositivos legais, resta claro que os enunciados aos quais será atribuída eficácia vinculante terão por objeto a fixação do entendimento da Corte Suprema Federal acerca da validade, interpretação e eficácia de normas federais, estaduais, distritais e municipais em face dos preceitos estabelecidos no texto constitucional para tanto.

4.4 Dos requisitos para a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante

O instituto da súmula vinculante foi introduzido no direito pátrio consubstanciado em três princípios de direito, a saber, a segurança

⁵ Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.⁶

⁶ § 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

jurídica, a isonomia e a celeridade processual, além de salvaguardar e resgatar a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

Nos termos do art. 2º, § 1º, da lei regulamentadora da súmula vinculante, mister se faz a demonstração, perante o plenário do Pretório Excelso, de que a matéria é objeto de controvérsia entre os diversos órgãos do Poder Judiciário ou, ainda, entre estes e a Administração Pública, e que esta divergência tem efeito danoso, potencial ou efetivo, para a segurança jurídica, devendo, ainda, traduzir-se em fator relevante de multiplicação de querelas judiciais que versem sobre o mesmo objeto.

4.5 Da legitimação ativa

Inicialmente, insta salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal pode de ofício editar, rever ou cancelar enunciado de sua súmula com efeito vinculante, podendo ainda ser formulado pedido para tanto mediante provocação de um dos legitimados ativos para deflagrar o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato via ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103-A, § 2º, da CRFB. Além destes, houve acréscimo no rol de legitimados ativos por parte do legislador infraconstitucional.

Assim, os legitimados para deflagrar a propositura de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante perante o pleno do Pretório Excelso encontram-se prescritos taxativamente no art. 3º da lei regulamentadora, sendo estes: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o Defensor Público-Geral da União; o partido político com representação no Congresso Nacional; a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

À semelhança do que ocorre com o processo objetivo de controle de constitucionalidade, nos termos em que se consolidou a ju-

jurisprudência evolutiva do Supremo Tribunal Federal impondo o critério limitativo da demonstração de pertinência temática como forma de se restringir o número de demandas perante a referida corte, dever-se-á adotar, salvo melhor juízo, o mesmo critério no que se refere à propositura de súmulas vinculantes.

Seguindo a linha teleológica da jurisprudência do Pretório Excelso, para determinados legitimados deverá ser exigida, além da prévia demonstração de necessidade e utilidade na edição, revisão ou cancelamento do ato como forma de se preservar a segurança jurídica e a celeridade e a economia processual (art. 2º, § 1º), demonstração de interesse objetivo na fixação vinculante da interpretação normativa por parte da Suprema Corte Federal com as atividades exercidas pelo respectivo legitimado.

Assim, poder-se-ão classificar os legitimados ativos para propositura de súmula com efeito vinculante em:

a) legitimados universais ou neutros: todos aqueles que atuam na defesa geral dos interesses da Nação, que não precisam demonstrar relação de pertinência objetiva na fixação obrigatória do entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso. Esta categoria, no ato de propositura, deverá tão-somente ater-se à demonstração de existência dos requisitos previstos no art. 2º, § 1º, para conhecimento do pedido de edição, revisão ou cancelamento, a saber, dano potencial ou efetivo à segurança jurídica e à celeridade processual. São estes o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o Defensor Público-Geral da União; e partido político com representação no Congresso Nacional;

b) legitimados especiais ou sectários: todos aqueles que atuam na defesa específica de interesses inerentes a determinada categoria ou população, restrita a uma determinada base territorial, necessitando demonstrar, além dos requisitos do art. 2º, § 1º, relação de pertinência objetiva na fixação obrigatória do entendimento sumulado do Pretório Excelso. São estes: a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; os Tribunais Superiores, os

Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Fora os legitimados acima, a lei regulamentadora da súmula vinculante trouxe a possibilidade de formulação de proposta de súmula por parte do Município, desde que seja efetuada incidentalmente no curso de ação em que seja parte, além da comprovação de dano potencial ou efetivo à segurança jurídica e à celeridade processual, bem como da demonstração de pertinência objetiva.

Por fim, uma vez que se trata de procedimento de feição objetiva, que tem por fim a fixação obrigatória do entendimento do Pretório Excelso sobre a validade, a interpretação ou a eficácia de normas jurídicas, quando confrontadas material e formalmente com a Constituição, não há que se falar em legitimidade passiva, não havendo, sequer, previsão no sentido de requisição de informações para o órgão responsável pela edição do ato normativo objeto do procedimento.

4.6 Da manifestação de terceiros

A lei regulamentadora da súmula vinculante permite a participação de terceiros, denominando-a de manifestação, a teor de seu art. 3º, § 2º, *in fine*.

Inicialmente, há que se ter em mente que não se trata da figura processual da intervenção de terceiros. Terceiro interessado é todo aquele que, mesmo não sendo participante da relação jurídica originária discutida em juízo, pode vir a suportar seus efeitos econômicos ou de direito, no caso de eventual execução de sentença. Logo, em que pese não ter vínculo direto com as partes legítimas, o terceiro tem interesses pessoais no eventual desfecho da lide, sendo-lhe, portanto, facultado o ingresso em juízo, tão-somente, em processos subjetivos.

Uma vez que o procedimento para edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é procedimento objetivo do Pretório Excelso, a manifestação de terceiros deve ser limitada, tão-somente, à exposição de tese de direito sobre a validade, a interpretação e a eficácia das normas jurídicas confrontadas com o texto constitui-

onal, cuja admissão dependerá de prudente juízo do relator, não havendo que se falar em defesa de interesses subjetivos.

4.7 Da eficácia material e temporal da súmula vinculante

Nos termos do art. 103-A, *caput*, da CRFB, e do art. 2º, *caput*, da lei regulamentadora da súmula vinculante, atribuir-se-á eficácia vinculante à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal a partir de sua data de publicação na imprensa oficial; desta forma operará efeitos para os demais órgãos do Poder Constituído Judiciário, bem como para a Administração Pública, direta e indireta, dos demais entes federativos.

Por óbvio, resta claro que a publicação de enunciado que edite, reveja ou cancele verbete da súmula vinculante da Suprema Corte Federal produz efeitos em caráter *ex nunc*, tão-somente a partir da data de publicação no Diário Oficial, não havendo como lhe atribuir efeitos retroativos a partir da data da formulação da proposição.

Ressalte-se que o art. 4º da Lei nº 11.417, de 2006, faculta ao Pretório Excelso a modulação dos efeitos temporais da súmula para outro momento futuro, possibilitando, ainda, a restrição material de sua eficácia vinculante, no sentido de delimitar o alcance subjetivo do enunciado tão-somente à observância obrigatória de determinados órgãos ou entes da administração pública federal, estadual, distrital ou municipal, casuisticamente. Isto porque o juízo sobre a constitucionalidade da cobrança de determinado tributo pode e deve ficar restrito apenas à esfera subjetiva dos entes federativos que possuem a respectiva competência e capacidade tributária, sendo desnecessário estender-lhes os efeitos de vinculação obrigatória aos demais.

4.8 Da possibilidade de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal

A inobservância de enunciado com efeito vinculante da súmula do Pretório Excelso, seja por parte dos demais órgãos do Judiciário ou por parte da Administração Pública, acarreta o cabimento de reclamação ao próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, 1, e do art. 103-A, § 3º, ambos da CRFB, do art. 13 e seguintes

da Lei nº 8.038, de 1990, bem como do art. 156 e seguintes do Regimento Interno da Corte.

Por reclamação, nos termos da lei acima mencionada, entende-se o procedimento que objetiva a preservação da competência da Suprema Corte Federal e da Corte Superior de Justiça ou a garantia da autoridade de suas decisões. Via de regra, é instaurada por ato do membro do Ministério Público ou do próprio interessado, perante o órgão fracionário ou o pleno, conforme o caso, sendo distribuído a um relator que irá requisitar informações ao órgão competente em decêndio legal e ouvido o *parquet*, tão-somente nas reclamações não propostas pelo mesmo. Do julgamento por parte do STF poderá resultar, nos termos do art. 161 de seu regimento interno, a avocação do processo em que houve usurpação de competência, ordem de remessa dos autos do recurso para ele interposto, cassação da decisão exorbitante ou determinação das medidas adequadas para observância de sua jurisdição. Por fim, cabe ressaltar que, nos casos de a reclamação se fundar em jurisprudência consolidada do Pretório Excelso, é facultado ao relator julgá-la monocraticamente (art. 161, parágrafo único do RISTF).

Nos termos do art. 7º e §§ da lei regulamentadora da súmula vinculante caberá reclamação, de decisão judicial ou ato administrativo que contrariar, negar vigência ou aplicar indevidamente enunciado com efeito vinculante da súmula do Pretório Excelso, sem prejuízo dos demais recursos e outros meios cabíveis de impugnação. A decisão do STF, nesta reclamação, limitar-se-á à anulação do ato administrativo ou a cassação da decisão judicial, determinando expressamente que outra seja proferida por parte da autoridade reclamada (art. 7º, § 2º).

O art. 7º, § 1º, é de constitucionalidade duvidosa, apresentando-se em aparente conflito material com o art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que restringe o acesso ao Poder Judiciário, condicionando a propositura de reclamação ao prévio e necessário esgotamento da via administrativa.

Observe-se que o referido art. 5º, XXXV, da CRFB consagra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, havendo precedentes no STF sobre a inconstitucionalidade de se condicionar o acesso

à justiça à preclusão da via administrativa, conforme ementário a seguir transcrito:

"Quanto à alegada preclusão, o prévio uso da via administrativa, no caso, não é pressuposto essencial ao exercício do direito de interposição do mandado de segurança. Condicionar a possibilidade do acesso ao Judiciário ao percurso administrativo equivaleria a excluir da apreciação do Judiciário uma possível lesão a direito individual, em ostensivo gravame à garantia do art. 5º, XXXV da Constituição Federal." - nossos grifos (MS 23.789, voto da Min. Ellen Gracie, DJ 23/09/05)

Todavia, há que se ter em mente que todas as presunções de constitucionalidade militam em favor do texto legal. Corroborando tal entendimento, tanto a clássica quanto a moderna doutrina são acordes. Na lição de Carlos Maximiliano⁶:

"Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, estão acima de toda a dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quanto esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto se entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por juriconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estatais), o Judiciário só faz uso da sua prerrogativa quando o Congresso viola

⁶ MAXIMILIANO, Carlos; *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 251 e 252.

claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada". - grifamos.

Outrossim, vale citar o magistério de Luís Roberto Barroso⁷:

*"A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção **iuris tantum**, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente. O princípio desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de conseqüência, na harmonia do sistema. O descumprimento ou a não-aplicação da lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, antes que o vício haja sido proclamado pelo órgão competente, sujeita a vontade insubmissa às sanções prescritas pelo ordenamento. Antes da decisão judicial, quem subtrair-se à lei o fará por sua conta e risco. Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: a) **não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade;** b) **havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.**" - grifamos.*

Destarte, até que haja manifestação em caráter definitivo do Pretório Excelso sobre a compatibilidade material do referido art. 7º, § 1º com o art. 5º, XXXV da CRFB, o referido dispositivo de lei encon-

⁷ BARROSO, Luís Roberto; *Interpretação e Aplicação da Constituição*; 3ª edição; editora Saraiva; São Paulo; 1999, p. 170 e 171.

tra-se em pleno vigor, com total eficácia, devendo ser observado por parte de eventuais reclamantes, no sentido de fazer prova do esgotamento da via administrativa, sob pena de não conhecimento de sua respectiva reclamação.

5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, resta claro que o instituto da súmula vinculante é de importante inovação, que tem como função garantir o respeito à segurança jurídica e a celeridade processual, tendo, ainda, por corolário, a missão de resgatar a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade. ☐

O Comodismo e o Especial Fim de Agir do Crime de Prevaricação

Bruno Gaspar de Oliveira Corrêa
Promotor de Justiça do MP/RJ

O artigo 319 do Código Penal brasileiro tipifica três condutas praticadas por funcionário público, duas omissivas e uma comissiva, passíveis de configurar o crime de prevaricação quando aliadas ao especial fim de agir descrito no dispositivo, qual seja, *satisfazer interesse ou sentimento pessoal*.

Essencial, portanto, que a denúncia indique, ainda que de forma sucinta, o elemento subjetivo especial que impulsionou o agente público a *retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, sob pena de ser considerada inepta a peça acusatória*. Em várias ocasiões, sob este argumento, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deferiram pedidos de *habeas corpus*, determinando o trancamento de ações penais iniciadas por denúncias que não delimitaram concretamente o interesse ou sentimento pessoal que motivou o agente público¹.

Questão pouco debatida na doutrina e tratada de forma tímida, até o momento, em sede jurisprudencial, diz respeito à possibilidade de se considerar o comodismo do funcionário público como um elemento subjetivo apto a caracterizar o especial fim de agir exigido no tipo do artigo 319 do Código Penal. A maioria dos doutrinadores de

¹ STF: HC nº 85180/RJ; HC nº 80814/AM.
TJ/RJ: HC nº 20004.059.03068; HC nº 2003.059.01418.

Direito Penal, sem se estender muito no tema, chega a afirmar que não se configura o crime de prevaricação quando a conduta do agente visa a atender um interesse pessoal de comodismo.

O objetivo desse estudo é justamente demonstrar que o comodismo e o desleixo do funcionário público constituem, em qualquer situação, o especial fim de agir descrito no tipo penal em referência, notadamente a *satisfação de interesse pessoal*. Da mesma forma, pretende este breve escrito explicar que, ao contrário do que muito se noticia, a jurisprudência pátria, inclusive do Supremo Tribunal Federal, vem admitindo que tais elementos subjetivos amparem peças acusatórias que imputam aos agentes públicos o crime de prevaricação.

O termo "comodismo" já foi definido como o sistema ou atitude que leva a atender, acima de tudo, à própria comodidade². Da mesma forma, o adjetivo comodista se refere à pessoa que atende apenas ao seu bem-estar; pessoa egoísta³.

Dessa forma, considerando comodista aquele que visa somente a atender o próprio bem-estar, pode-se afirmar que os agentes públicos desidiosos, desleixados ou preguiçosos, agem satisfazendo um interesse pessoal de comodismo apto a caracterizar o crime de prevaricação.

As definições acima mencionadas servem tão somente para demonstrar que se um agente público deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, por comodismo, ou seja, para atender apenas ao seu bem-estar, sem dúvida nenhuma estará satisfazendo um interesse pessoal e, conseqüentemente, estará praticando a conduta tipificada no art. 319 do Código Penal.

De fato, o interesse descrito no tipo do art. 319 do CP pode ser patrimonial, material ou moral. Com muita propriedade, o interesse pessoal já foi definido como o estado anímico no qual se coloca a pessoa visando a suprir determinada necessidade, seja de natureza material, patrimonial ou moral⁴.

² Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª edição, ed. Nova Fronteira.

³ "Dicionário da Língua Portuguesa On-Line" (www.priberam.com).

⁴ Mauro Sérgio Leite, "Requisitos típicos do Crime de Prevaricação e a Independência Judicial", (www.dantaspimentel.adv.br).

Nesse sentido, Nelson Hungria, ao contrário da maioria dos doutrinadores pátrios, entendia que o funcionário que trai seu dever por comodismo, satisfaz um interesse moral e, conseqüentemente, comete o delito de prevaricação⁵. Apesar de tal entendimento ser minoritário na doutrina, felizmente, cada vez menos os magistrados deixam de receber denúncias em que o interesse moral está devidamente delineado.

Aliás, deve ser ressaltado que, em julgamento realizado em 19/04/2005, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal indeferiu *habeas corpus* impetrado em favor de Delegado de Polícia que, "consciente de sua conduta antijurídica e na intenção de satisfazer seu sentimento pessoal de *comodismo e desídia*, permitiu que preso de confiança procedesse ao recebimento, na delegacia, de menor infrator preso em flagrante pela polícia militar portando arma de fogo. Deixou, com isso, de praticar ato que lhe incumbia em razão de seu ofício"⁶.

O mencionado acórdão, lavrado pela eminente Ministra Ellen Gracie, a nosso ver, reconheceu o comodismo e a desídia como elementos caracterizadores do dolo específico exigido para o crime de prevaricação, ainda que como um *sentimento pessoal* e não como um *interesse pessoal*, como defendemos. Não há como negar, entretanto, que a citada decisão admitiu que tais elementos subjetivos amparem denúncias que imputam a prática da conduta descrita no art. 319 do CP, já que o trancamento da ação penal requerido pelo paciente restou indeferido por unanimidade.

Evidentemente, entendemos que o interesse exigido no tipo penal do art. 319 deverá estar descrito concretamente na peça acusatória. Não basta, por exemplo, a afirmação genérica de que o agente público foi movido por *interesse ou sentimento pessoal*. Fundamental, sob pena de inépcia, que a denúncia indique expressamente o sentimento (p. ex.: afeição, simpatia, ódio) ou interesse pessoal que motivou o agente público a delinquir, seja ele patrimonial, material ou moral (p. ex.: comodismo), bem como que sejam decli-

⁵ Fenando Capez, *Curso de Direito Penal*, ed. Saraiva, v. 3, 3ª edição, p. 446.

⁶ HC 84987/PR.

nados os atos que o mesmo praticou ou deixou de praticar para satisfazer tal interesse.

Ressalte-se, porém, que a violação do princípio da moralidade por funcionário público comodista não caracteriza o crime de prevaricação, sendo absolutamente necessário para a configuração do delito que o agente público infrinja disposição expressa de lei. Exemplo: Delegado de Polícia que descumpra o prazo de conclusão de inquérito de indiciado preso, previsto no art. 10 do Código de Processo Penal, remetendo os autos ao Ministério Público somente 15 (quinze) dias após a prisão em flagrante, pelo fato de, por comodismo, não ter fiscalizado todos os trâmites da investigação em sede policial, sem qualquer dúvida, pratica o delito de prevaricação.

Ao tipificar o crime de prevaricação, o legislador teve por intenção reprimir a ação dos agentes públicos que, movidos por objetivos pessoais, sejam estes quais forem, deixam de cumprir os deveres que lhes são atribuídos por lei. Excluir o interesse pessoal de comodismo do rol dos elementos subjetivos capazes de caracterizar o crime de prevaricação significa restringir injustificadamente a abrangência do dispositivo, sem atender nem ao objetivo do legislador, nem ao interesse da administração pública que, cada vez mais, padece nas mãos de funcionários desidiosos.☐

Execução dos Alimentos e as Reformas do CPC

Maria Berenice Dias
Desembargadora do TJ/RS.
Vice-Presidente Nacional do IBDFAM.*

AS MUDANÇAS

Agora, para a cobrança de condenação imposta judicialmente, o credor não precisa passar pelas agruras do processo de execução. Recentes reformas no processo de execução aboliram o processo de execução dos títulos executivos judiciais (Lei 11.232/05). O cumprimento da sentença não mais depende de processo autônomo e transformou-se em um incidente processual. Trata-se de mera fase do processo de conhecimento, e não de nova demanda a angularizar-se pelo ato citatório.

O silêncio do legislador no que diz com a execução dos alimentos tem semeado discórdia em sede doutrinária, sendo questionado se a simplificação dos atos de cumprimento da sentença alcança os encargos de natureza alimentícia.

COMO ERA

A execução dos alimentos está prevista tanto no Código de Processo Civil (arts. 732 a 735) como na Lei de Alimentos (Lei 5.478/68, arts. 16 a 19). Os alimentos provisórios, provisionais ou definitivos; fixados em sede liminar ou incidental; por sentença sujeita a recurso ou transitada em julgado; ou, ainda, estabelecidos por acordo, dispõem dos mesmos meios executórios: desconto, expropriação ou coação pessoal.

Não havendo possibilidade de desconto da prestação alimentícia do salário, de aluguéis ou outras rendas (CPC, art. 734 e LA, art.

* Instituto Brasileiro de Direito de Família

17), abre-se ao credor duas possibilidades executórias: a expropriação e a prisão do devedor. Os arts. 732 e 735 do CPC e o art. 18 da Lei de Alimentos fazem expressa remissão à via da execução por quantia certa contra devedor solvente. A outra possibilidade de obter o pagamento - e de modo mais célere - é a que admite a prisão do devedor, prevista no art. 733 do CPC.

Entre esses dois procedimentos não existe preferência legal. A identificação do meio de cobrança a ser utilizado pelo credor acabou sendo feita pela jurisprudência. A execução pelo rito que pode levar à prisão ficou reservada às prestações mais recentes. É o que dispõe a Súmula 309 do STJ: "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo."

Débitos mais antigos somente comportavam execução por meio da penhora, sob o fundamento de terem perdido o caráter urgente para garantir a sobrevivência do credor. Antes das últimas reformas introduzidas no estatuto processual, o devedor era citado para, no prazo de vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora, sob pena de lhe serem arrestados tantos bens quantos fossem necessários para garantir a execução. Seguro o juízo, o devedor podia, no prazo de 10 dias, oferecer embargos que, apensados ao processo de execução, tinham efeito suspensivo (CPC, art. 739, § 1º). Apesar de o recurso da decisão que rejeitasse liminarmente ou desacolhesse os embargos dispusesse do só efeito devolutivo (CPC, art. 520, IV e LA, art. 14), como os autos da execução eram encaminhados ao Tribunal, na prática, a execução restava suspensa até o retorno dos autos à origem, depois do julgamento da apelação.

Quando a dívida alcançava prestações recentes e antigas, era necessário o uso simultâneo de dois processos executórios: um pelo rito da coação pessoal para cobrar as três últimas parcelas vencidas; e outro, para a cobrança das prestações anteriores, pela via expropriatória do art. 732 do CPC.

AS POLÊMICAS

A partir da vigência da Lei 11.232/05 não mais existe o processo de execução de título executivo judicial. Somente os títulos exe-

cutivos extrajudiciais dispõem de procedimento autônomo, e isso com as alterações trazidas pela Lei 11.382/06. Para o cumprimento da sentença condenatória por quantia certa, basta o credor peticionar nos autos do processo de conhecimento. O devedor não é citado, até porque não se está em sede de nova demanda.

Pela dicção da lei parece não haver dúvida de que a mora constitui-se independentemente da intimação do devedor. Ante sua inércia pelo período de quinze dias, a contar da sentença que desafia recurso, no só efeito devolutivo ou do seu trânsito em julgado, o montante do débito já resta acrescido do valor da multa, que tem incidência automática, não havendo necessidade de ser imposta pelo juiz (CPC, art. 475-J). Frente à omissão do executado, o credor só precisaria requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação.

Aqui já começam as divergências. Questiona-se sobre a necessidade de dar ciência ao devedor para cumprir a sentença no prazo de 15 dias, sob pena de imposição da multa de 10%. Enquanto uns entendem que o devedor não precisa ser intimado¹ outros sustentam que é indispensável sua intimação pessoal.² Já outra corrente diz que basta a intimação do procurador do devedor pela imprensa oficial.³

Porém, não é possível dispensar a intimação do réu. Este precisa ser intimado pessoalmente para ser constituído em mora. Só então começará a fluir o prazo para o cumprimento da sentença, ainda que eventualmente haja o risco de se estar perpetuando o velho sistema que o legislador fez tanta questão de banir. A intimação serve também para dar ciência ao devedor da incidência da multa, caso não proceder ao pagamento no prazo de quinze dias. Não basta a intimação de seu procurador. Descabido impor-lhe o ônus de procurar seu cliente para que ele faça o pagamento. Certamente

¹ Neste sentido: THEODORO JR., Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil...*, p.145, e CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Civil*, p. 53.

² Neste sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, p. 468; WAMBIER, Luiz Rodrigues *et al.*, *Sobre a necessidade de intimação pessoal...*, p. 128; SANTOS, Evaristo Aragão. *Breves notas sobre...*, p. 49.

³ Neste sentido: NERY JUNIOR, *et al.* *Código de Processo Civil Comentado...*, p. 641; ASSIS, Araken de. *Da execução da sentença:...*, p. 52; SILVA, Jaqueline Mielke e; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma do Processo Civil...*, p. 93.

resistirão os advogados, pois, quando a intimação é de ser feita na pessoa do procurador, expressamente a lei faz tal ressalva, como ocorre com o auto de penhora e de avaliação (CPC, art. 475-J, § 1º).

Não há como pretender que o réu, no prazo de quinze dias contados da intimação da sentença, compareça espontaneamente em juízo e deposite o valor que entender devido para não ficar sujeito à multa. A intimação da sentença não pode servir de marco temporal para o adimplemento voluntário, pois o recurso geralmente dispõe de efeito suspensivo. Ao comparecer a juízo para o depósito, corre o risco de os autos não estarem em cartório, pois remetidos ao Tribunal. Porém, a intimação pessoal deve ser feita pelo correio (CPC, 238) e não por meio de oficial de justiça. O art. 611 do CPC, que determinava a citação pessoal do devedor, foi expressamente revogado.

De forma singela prevê a lei que o montante da condenação seja acrescido de multa no percentual de dez por cento, caso o devedor não efetue o pagamento no prazo de quinze dias (CPC, art. 475-J). Também no que diz com o marco inicial de incidência da multa existem posições antagônicas. Para uns o prazo é contado a partir da exigibilidade da dívida, quer por a sentença ter transitado em julgado, quer porque interposto recurso sem efeito suspensivo.⁴ Para outros a multa torna-se exigível mediante a intimação do procurador do devedor.⁵

Há quem entenda que a intimação deve ser determinada, de ofício.⁶ Não há, porém, previsão legal autorizando ao juiz que tome a iniciativa de cientificar o devedor. Ao contrário, não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos (CPC, art. 475-J, § 5º). Com mais coerência, outros dizem que a intimação deve ser pessoal, pelo correio, mas dependente de provocação do credor.⁷ Em face das ações que tem por objeto

⁴ Neste sentido: ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 291, THEODORO JR., Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, p. 144 e CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Civil*, p. 58.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson *et al.* *Código de Processo Civil Comentado...*, p. 641.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, p. 468.

⁷ Neste sentido: ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*, p. 254 e SANTOS, Evaristo Aragão. *Breves notas sobre...*, p. 49.

a entrega de coisa (CPC, art. 461), já se manifestou o STJ⁸ pela necessidade de intimação pessoal, uma vez que se trata de ato a ser praticado pela parte e não por seu advogado.

É necessário distinguir os atos processuais que exigem capacidade postulatória dos atos materiais de cumprimento da obrigação. O advogado é intimado para os atos a serem por ele praticados. Porém, para a prática de atos que dizem com o cumprimento da obrigação objeto do litígio, a parte deve ser intimada pessoalmente. Como o cumprimento da sentença condenatória é ato da parte, esta é que deve ser intimada.⁹

Apesar da boa intenção do legislador de emprestar celeridade ao cumprimento da sentença condenatória para o pagamento de quantia em dinheiro, somente mediante solicitação do credor é que o juiz irá determinar a intimação do devedor, pelo correio, para proceder ao pagamento em quinze dias, sob pena de incidência da multa. Não há como reconhecer a exigibilidade da multa sem prévia intimação do devedor. Tal é ir um pouco além da própria finalidade de sua cominação, que visa a estimular o adimplemento, livrando o credor de prosseguir com a cobrança judicial.

A EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS

Não houve expressa revogação e nem qualquer alteração no Capítulo V do Título II do Livro II, do CPC que trata "Da Execução de Prestação Alimentícia". Também não há nenhuma referência à obrigação alimentar nas novas regras de cumprimento de sentença, inseridas nos Capítulos IX e X do Título VIII do Livro I: "Do Processo de Conhecimento" (CPC, arts. 475-A a 475-R).

Em face disso, boa parte da doutrina¹⁰ sustenta que à execução de alimentos não tem aplicação a nova lei. Um punhado de justificativas impõe que se reconheça como inadequada esta postura. A cobrança de quantia certa fundada em sentença não mais de-

⁸ STJ - REsp 692386-PB - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - j. 11/10/2005 - DJ 24/10/2005.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues *et al.* *Sobre a necessidade de intimação...*, p. 128

¹⁰ Neste sentido: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Títulos Executivos Judiciais...*, p. 56; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 875 e DIAS, Caroline Said. *Execução de Alimentos...*, p. 77.

safia processo de execução específico. O credor só necessita ajuizar execução autônoma quando dispuser apenas de um título executivo extrajudicial.

Há um fundamento que põe por terra qualquer tentativa de emprestar sobrevida à execução por quantia certa de título executivo judicial relativo a alimentos. O Capítulo II do Título III do Livro II, do CPC, que se intitulava: "Dos Embargos à Execução Fundada em Sentença", agora se denomina: "Dos Embargos à Execução contra a Fazenda Pública". Ou seja, não existem mais no estatuto processual pátrio embargos à execução de título judicial. Esse meio impugnativo só pode ser oposto na execução contra a Fazenda Pública. A vingar o entendimento que empresta interpretação literal ao art. 732 do CPC, chegar-se-ia à esdrúxula conclusão de que o devedor de alimentos não dispõe de meio impugnativo, pois não tem como fazer uso dos embargos à execução.

Os alimentos podem e devem ser cobrados pelo meio mais ágil. O fato de a lei ter silenciado sobre a execução de alimentos não pode conduzir à idéia de que a falta de modificação dos arts. 732 e 735 do CPC impede o cumprimento da sentença.¹¹ A omissão não encontra explicação plausível e não deve ser interpretada como intenção de afastar o procedimento mais célere e eficaz logo da obrigação alimentar, cujo bem tutelado é exatamente a vida.

Finalmente, cabe lembrar que a nova sistemática não traz prejuízo algum ao devedor de alimentos, pois a defesa pode ser deduzida, com amplitude, por meio da impugnação (CPC, art. 475-L), que corresponde aos embargos que existiam na legislação revogada (CPC, art. 741). A impugnação pressupõe a penhora e avaliação de bens, ou seja, é necessária à segurança do juízo (CPC, art. 475-J, § 1º). Ademais, como não dispõe de efeito suspensivo (CPC, art. 475-M), a impugnação não vai poder ser usada com finalidade exclusivamente protelatória, como ocorria com os embargos à execução. De qualquer modo, às claras, continuarão sendo aceitas as

¹¹ Neste sentido: GRECCO, Leonardo. *Primeiros Comentários sobre a Reforma da Execução...*, p. 70-86; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil...*, p. 163 e CARVALHO, Newton Teixeira. *A nova execução no direito de família*, p. 50.

famosas exceções de pré-executividade, criação pretoriana em que entrava ainda mais a satisfação do credor.

A sentença que impõe o pagamento de alimentos dispõe de carga eficaz condenatória, ou seja, reconhece a existência de obrigação de pagar quantia certa (CPC, art. 475-J). O inadimplemento não pode desafiar execução por quantia certa contra devedor solvente, uma vez que essa forma de cobrança não mais existe, sendo possível somente ser buscado o cumprimento da sentença nos mesmos autos da ação em que os alimentos foram fixados (CPC, art. 475-J). Portanto, o crédito alimentar está sob a égide da Lei 11.232/05. Houve mero descuido do legislador ao não retificar a parte final dos arts. 732 e 735 do CPC e fazer remissão ao Capítulo X, do Título VII: "Do Processo de Conhecimento". A omissão, mero cochilo ou puro esquecimento não pode levar a nefastos resultados.

O RITO DA COAÇÃO PESSOAL

A Constituição Federal excepciona o dever alimentar da vedação de prisão por dívida (CF, art. 5º, LXVII). O meio de dar efetividade a esse permissivo constitucional encontra previsão no art. 19 da Lei de Alimentos e no art. 733 do CPC, que estão em plena vigência. As alterações introduzidas no CPC não revogaram o meio executório da coação pessoal.¹²

Quando se trata de alimentos estabelecidos em sentença definitiva, o pagamento pode ser buscado nos mesmos autos. Sujeita a sentença a recurso que não dispõe de efeito suspensivo (CPC, art. 520, II), o cumprimento depende de procedimento autônomo, nos moldes da execução provisória (CPC, art. 475-O). Em ambas as hipóteses possui o credor a faculdade de optar: pedir a intimação do devedor para pagar em quinze dias para evitar a incidência da multa (CPC, art. 457-J) ou requerer sua citação para pagar em três dias sob pena de prisão (CPC, art. 733). Caso o devedor proceda ao pagamento nos respectivos prazos, não há incidência da multa.

¹² Neste sentido: OLIVEIRA, Hélder Braulino Paulo de. *As prestações de alimentos e a Lei 11.232/05 e CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil...*, p.347.

A escolha por uma ou outra modalidade de cobrança está condicionada ao período do débito, se vencido ou não há mais de três meses. No que diz com a dívida pretérita, a forma de cobrar é por meio do cumprimento da sentença: intimação do devedor para que pague em quinze dias. Não realizado o pagamento, incide a multa, e o credor deve requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação (CPC, art. 475-J). Rejeitada a impugnação (CPC, art. 475-L), igualmente, incide a multa. Penhorado dinheiro, é possível mensalmente o levantamento do valor da prestação (CPC, art. 732, parágrafo único). Como se trata de crédito alimentar, descabe a imposição de caução, a não ser que o valor da dívida seja superior a sessenta salários-mínimos e não tenha demonstrado o credor situação de necessidade (CPC, art. 475-O, § 2º, II).

Com relação às parcelas recentes, ou seja, se o débito for inferior a três meses, o credor pode fazer uso do rito do art. 733 do CPC. Ainda que o pedido possa ser formulado nos mesmos autos, mister a citação pessoal do devedor para que proceda ao pagamento, no prazo de três dias. Não paga a dívida ou rejeitada a justificação apresentada, expedir-se-á mandado de prisão. Sobre o valor do débito não se incorpora a multa. Embora a lei diga que o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (CPC, art. 475-J), tal encargo não integra a obrigação alimentar quando o pagamento é exigido sob pena de prisão. Descabe dupla sanção. No entanto, cumprida a prisão e não feito o pagamento, como a execução prossegue pelo rito do cumprimento da sentença (CPC, art. 475-J), a multa incide sobre a totalidade do débito.

A cobrança dos alimentos definitivos pode ser levada a efeito nos mesmos autos, seja por meio do cumprimento da sentença ou da execução por coação pessoal. Pretendendo o credor fazer uso de ambos os procedimentos, isto é, quando quiser cobrar tanto as parcelas vencidas há mais de três meses como a dívida recente, mister que o pedido de execução sob a modalidade de prisão seja veiculado em apartado. Nos mesmos autos será buscado o cumprimento da sentença. A diversidade de rito entre as duas formas de cobrança certamente retardaria o adimplemento da obrigação, se ambas fossem processadas em conjunto.

Quanto aos alimentos provisórios ou provisionais fixados liminar ou incidentalmente, também é possível o uso de qualquer

das modalidades executórias. Nada obsta que busque o credor a cobrança por meio de procedimentos distintos, um para a cobrança das parcelas vencidas há mais de três meses e outro para a dívida mais recente. No entanto, a cobrança não pode ser processada nos mesmos autos, para não obstaculizar o andamento da ação. O pedido será levado a efeito em outro procedimento, nos moldes da execução provisória (CPC, art. 475-O).

Da mesma forma é cabível a execução da sentença sujeita a recurso (CPC, art. 475-I, § 1º). Como a apelação que condena à prestação de alimentos dispõe do só efeito devolutivo (CPC, art. 520, II e LA, art. 14), pode haver a busca do pagamento antes de os alimentos tornarem-se definitivos. A cobrança deverá ser feita tal qual a execução provisória (CPC, art. 475-O).

Também aqui a escolha do rito vai depender do prazo do inadimplemento. Intimado o devedor e não feito o pagamento em 15 dias, passa a incidir a multa de 10%. Ao credor cabe requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação, já indicando bens para garantir a segurança do juízo (CPC, art. 475-J). No entanto, se preferir o credor o rito da coação pessoal, mister que o réu seja citado para pagar em três dias, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo (CPC, art. 733).

Sobre alimentos provisórios ou provisionais, incide a multa de 10%. Ainda que a lei faça referência à "condenação" (CPC, 475-J), não se pode retirar o caráter condenatório dos alimentos fixados em sede liminar. Basta lembrar que se trata de obrigação pré-constituída e que os alimentos são irrepetíveis. O pagamento precisa ser feito mesmo que os alimentos não sejam definitivos. Ainda que o valor do encargo venha a ser diminuído ou afastado, tal não livra o devedor da obrigação de proceder ao pagamento das parcelas vencidas neste íterim. Não admitir a incidência da multa pelo fato de os alimentos não serem definitivos só estimularia o inadimplemento e a eternização da demanda.

Pela natureza da dívida, não é possível concluir que a omissão do legislador, em atualizar os dispositivos que regulam a execução dos alimentos, desautoriza o uso da forma simplificada e célere que as reformas visaram implementar.

○ resultado seria dos mais perversos. ☐

A Função Social do Contrato e a sua Significativa Influência na Teoria Geral das Obrigações

Alexandre Guimarães Gavião Pinto
Juiz de Direito do TJ/RJ

A teoria das obrigações contratuais, modernamente, vem sofrendo significativas mudanças.

Não se pode perder de perspectiva que o Código Civil em vigor pretendeu retratar as realidades atuais, afastando o descompasso existente entre os mais relevantes princípios norteadores da teoria geral das obrigações contratuais, vigentes no Código Civil de 1916, com a situação atual da sociedade.

É bem verdade que o contrato, no novo estatuto civil, preserva a sua identidade, que deflui, inclusive, do próprio ordenamento jurídico. Isto porque, continua sendo um fato criador de direito, ou seja, um acordo de vontades, na conformidade da ordem jurídica, cuja destinação é estabelecer uma regulamentação de interesses, com o fim de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Cumprе ressaltar, contudo, que a diretriz da eticidade exerce, hoje, grande influência no seu conceito e efeitos jurídicos que produz.

A função social do contrato, cuja idéia não é precisamente definida pela lei, persegue a boa-fé dos contratantes, a transparência negocial e a efetivação da justiça contratual, privilegiando o respeito a lealdade.

A função social do contrato pode ser examinada de diversas formas, conduzindo a declaração de nulidade de determinadas cláusulas ou até mesmo de todo o conteúdo contratual.

A doutrina da função social pretende limitar institutos de conformação nitidamente individualista, visando a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, na tentativa de igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade, que a cada um deles cabe, seja igual para todos.

O Estado do bem-estar social se relaciona intimamente com o instituto jurídico da igualdade.

O compromisso com a função social implica o reconhecimento de que o contrato não mais pode ser considerado como direito absoluto.

O princípio da função social do contrato possui íntimo relacionamento com o princípio da boa-fé, que exige que as partes ajam com lealdade e confiança recíprocas, devendo colaborar, mutuamente, na formação e execução do contrato, tudo na mais absoluta probidade.

A função social instrumentaliza-se pelos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, ressaltando-se que o princípio do *pacta sunt servanda* não vigora mais em toda a sua intensidade.

O princípio da boa-fé liga-se, não só à interpretação contratual, mas ao interesse social de segurança das relações jurídicas.

Em razão da boa-fé, na interpretação do contrato, é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com dignidade e confiança recíprocas.

A função social do contrato reforça, marcadamente, a diretriz de socialidade do direito, possuindo íntima relação com o princípio da função social da propriedade previsto na Constituição da República.

Com efeito, o princípio da função social do contrato nos revela que o contrato não pode mais ser visto pela ótica meramente individualista, já que possui um sentido social de utilidade para toda a comunidade.

Na realidade, ao dispor que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, o arti-

go 421 do Código Civil institui um novo requisito de validade dos pactos, subordinando a eficácia das avenças à observância de determinados padrões de probidade, lealdade e socialidade, o que revela que não podemos pensar no contrato de modo isolado, mas no contexto do ordenamento jurídico em que está inserido, em que deve ser assegurado, principalmente, o princípio da igualdade.

Vale lembrar que o direito à igualdade material representa um dos primados do direito moderno, e que a reconstrução de tal direito é feita através de ações positivas do Estado, em benefício do indivíduo, identificado com determinado grupo.

Com efeito, o princípio da autonomia de vontade encontra-se atrelado ao da socialidade, uma vez que a liberdade de contratar é limitada pela função social do contrato.

O artigo 421 do novo Código é consequência dos princípios constitucionais da função social da propriedade e da igualdade, atendendo aos interesses sociais, já que limita o arbítrio dos contratantes, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual.

O sistema baseado na teoria da função social do contrato, adotado pelo atual Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, concentra-se no efeito do contrato, que é a prestação adequada de uma obrigação de fazer, de meio ou de resultado.

Na formação dos contratos, deve ser observada a necessária transparência, que visa a possibilitar a instauração de uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre os contratantes.

Transparência significa informação clara e correta sobre o contrato a ser firmado, bem como lealdade e respeito nas relações jurídicas, mesmo na fase pré-contratual.

O princípio da transparência afeta a essência do negócio e, conseqüentemente, aos deveres de boa-fé, de cuidado, de cooperação, de informação, de transparência, de respeito à confiança mútua imputados a ambos os contratantes.

A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o Direito, já que certas normas, como, por exemplo, as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo.

Encontra-se superado o individualismo do Código Civil de 1916, sendo impostos aos contratantes, com fulcro nos princípios da função social dos contratos (artigo 421), da boa-fé e da probidade (artigo 422), limites à liberdade contratual em geral e um controle de conteúdo dos contratos e das práticas contratuais abusivas.

A abusividade relaciona-se intimamente com o abuso do direito, ou seja, o uso malicioso ou desviado das finalidades sociais de um direito conferido a um indivíduo, que viola a boa-fé objetiva, causando grave prejuízo e desequilíbrio entre as partes.

Em matéria contratual, o princípio da transparência é de suma importância, pois exige que as partes atuem com sinceridade, seriedade e veracidade, tanto na fase pré-contratual, quanto na fase da contratação, e durante toda a execução contratual.

O princípio da boa-fé exige que os contratantes atuem com honestidade e firmeza de propósito, sem espertezas e expedientes maliciosos para causar prejuízos ao outro.

Ao lado da equidade, a boa-fé conduz à paz social e à harmonia entre os contratantes, mantendo e conservando o vínculo contratual, em respeito aos princípios da confiança, lealdade e honestidade.

Em decorrência do princípio da equidade, deve haver equilíbrio entre direitos e deveres dos contratantes, na busca incessante da justiça contratual.

Forçoso reconhecer, portanto, que o contrato passou a ter, mais do que nunca, uma função social, ou seja, é autorizada a sua eventual revisão judicial, com vistas a restabelecer o equilíbrio contratual.

Mister se faz interpretar a função social do contrato como inerente ao resultado econômico da operação esperada.

Entretanto, em paralelo a essa função econômica, o contrato possui uma outra função, que é a função civilizadora e educativa.

Na valoração dos contratos, a função social decorre da própria função social da propriedade, vinculando-se, ainda, à boa-fé objetiva.

A partir do momento em que o direito constitucional considerou, no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição da República de 1988, que a propriedade tem uma função social, tendo a propriedade uma

concepção mais ampla, o mesmo princípio deve ser aplicado no direito contratual.

O contrato que não observa a sua função social é atingido no plano de sua validade, já que a função, um dos elementos que o integra, possui um atributo comprometido, qual seja: a sociabilidade.

O princípio da boa-fé relaciona-se mais com a interpretação dos contratos, do que com sua estrutura.

O sentido literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade ou que se extrai dela.

Para traduzir o interesse social da segurança das relações jurídicas, as partes devem atuar com lealdade e confiança recíprocas. É necessária a colaboração mútua dos contratantes na execução do contrato.

O princípio da boa-fé objetiva deve nortear a conduta das partes, exigindo-se um padrão objetivo de comportamento, em observância a um critério normativo de valoração.

O princípio da probidade constitui um conjunto de obrigações a serem observadas nas relações jurídicas, e é marcado por certos padrões de conduta exigidos dos contratantes, relacionados aos deveres de atuação com veracidade, integridade, honradez e lealdade.

A eticidade consubstancia a regra de conduta orientadora da construção jurídica do novo Código Civil Brasileiro, incumbindo ao Magistrado identificar as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé, rechaçando-as com vigor.

Isto se justifica pelo fato de que é preciso que o contratante atue segundo a boa-fé, ou seja, deve ser valorada a conduta das partes como honesta, correta e leal. Em suma: todos devem guardar fidelidade à palavra empenhada, e não frustrar as legítimas expectativas despertadas, em decorrência da confiança depositada no vínculo contratual.

Da conjugação da doutrina e da jurisprudência é que se pode chegar a uma determinação mais precisa do conteúdo da boa-fé, que, como constitui um princípio normativo, envolvendo uma cláusula geral, é dotado de grande elasticidade, dependendo da análise criteriosa do caso concreto posto à apreciação judicial.

O que se precisa ter em mente é que, através da aplicação do princípio da boa-fé, visa-se a impedir a ocorrência de comportamentos desleais, havendo uma necessidade de cooperação constante entre os contratantes, a determinar a conduta das partes segundo os padrões de lealdade.

O germe do abuso do direito prende-se à noção do exercício dos direitos, que só se constituem para proporcionar vantagens ou utilidades ao respectivo sujeito.

O limite do direito é o seu próprio conteúdo. Logo, o abuso do direito caracteriza-se pelo desvirtuamento do conceito de justo, ou seja, na atitude de um sujeito que leva a fruição do seu direito a um grau de causar malefício ao outro.

O exercício de um direito deve ser contido dentro de uma limitação ética, que é exigida pela necessidade decorrente da coexistência social harmoniosa, coibindo-se, portanto, todo exercício que tenha como fim exclusivo causar mal a outrem, sujeitando o causador de eventuais danos à responsabilização civil.

O direito moderno rechaça o abuso de direito, considerando ilegítimo o seu exercício, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo fim social ou econômico desse direito.

A principal característica do abuso de direito reside na utilização do poder contido na estrutura do direito para a execução de um interesse egoísta, que exorbita do fim próprio do direito ou do contexto que condiciona o seu exercício.

É cediço que o Código Civil de 1916 refletia o individualismo que predominava no século XIX, profundamente influenciado pelos dogmas do Estado Liberal, que se baseava na defesa intransigente da liberdade individual contra ingerências do poder estatal.

O liberalismo elevava o *pacta sunt servanda* e a liberdade das partes a direito absoluto, caracterizando-se pela repulsa de qualquer forma de intervenção do Estado nas relações jurídicas.

Ocorre que os dogmas do Estado Liberal foram sendo, gradativamente, abrandados pelo dirigismo contratual, o que possibilita a interferência do Estado nos contratos privados, visando a proteger as partes economicamente mais fracas e os interesses coletivos.

Esta nova realidade revela-se justificável no Estado do bem-estar social, que procura garantir um padrão mínimo de vida, no âmbito econômico, ao conjunto dos cidadãos, compensando as distorções e carências geradas pela economia de mercado.

As obrigações contratuais são regidas por vários princípios, entre eles o da autonomia de vontade, no qual se funda a liberdade contratual das partes, consistindo no poder que têm as mesmas de estipular, livremente, a disciplina de seus interesses.

O poder de auto-regulamentação dos interesses dos contratantes envolve, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, a liberdade de escolher o outro contratante, e a liberdade de fixar o conteúdo contratual.

Não se pode olvidar, contudo, que a liberdade de contratar já não é mais absoluta como no século XIX, tendo em vista que se encontra limitada pela supremacia da ordem pública, que proíbe convenções que lhe sejam contrárias, bem como que violem os bons costumes.

A vontade dos contratantes, hoje, se encontra subordinada ao interesse coletivo. Esse é o sentido da norma delineada no artigo 421 do Código Civil, que prevê que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

A norma acima citada visa a combater os excessos do individualismo, limitando a autonomia da vontade pela intervenção estatal, ante a função econômico-social do ato negocial, que não pode deixar de atender ao bem comum e aos fins sociais.

O princípio da autonomia de vontade não restou obviamente desconsiderado pelo direito moderno, sendo de fundamental aplicação no regime político em vigor no Brasil. Entretanto, seu exercício está condicionado aos princípios da função social do contrato, da boa-fé e da probidade (cf. artigo 422 do Código Civil).

É mantido, e não poderia deixar de sê-lo, o poder conferido aos contratantes de estabelecer o vínculo obrigacional, desde que o contrato se submeta às normas jurídicas e seus fins não contrariem o interesse coletivo.

Sobre o tema, reforçando o que foi anteriormente dito, no sentido de que a aplicação das teorias da função social do contrato e da

revisão contratual não pode consistir em uma licença arbitrária para se vulnerar, injustificadamente, o princípio da autonomia de vontade, traz-se à colação a preciosa lição de Humberto Theodoro Júnior, contida em sua magna obra **Direitos do Consumidor**. Preleciona o respeitável mestre:

"(...) o reconhecimento da menor força negocial por parte do consumidor exige, sem dúvida, intervenção do legislador para tutelá-lo nos contratos de massa, impedindo que o fornecedor poderoso se prevaleça de sua fragilidade para obter vantagens excessivas e impor onerosidades exorbitantes. Isso, contudo, não representa nenhuma mudança qualitativa na essência da teoria geral do contrato. Apenas se combatem praxes ou comportamentos desleais e desonestos (...) A revisão do contrato, pelos tribunais, em nome dos princípios ético-sociais não pode ser discricionária nem tampouco paternalista. Em seu nome não pode o juiz transformar a parte frágil em superpoderosa, transmudando-a em ditadora do destino da convenção. Isto não promoveria um reequilíbrio, mas, sim, um desequilíbrio em sentido contrário ao inicial. Se se pudesse cumular a parte débil com uma desproporcionada proteção judicial, quem se inferioriria afinal seria o contratante de início forte. Evidentemente não se concebe que em nome da justiça contratual se realize tamanha impropriedade. Daí por que a intervenção judicial na revisão do contrato tem de ser limitada, respeitando-se, com prudente moderação, as exigências da boa-fé objetiva e do justo equilíbrio entre as prestações e contraprestações." (Editora Forense, 4ª edição, p.16 e 19) (sem grifos no original).

O princípio da autonomia de vontade, portanto, não pode ser desconsiderado imotivadamente, eis que o contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazerem os seus interesses.

O que não se pode perder de vista, contudo, é que a função social do contrato serve para limitar a autonomia de vontade, quan-

do a referida autonomia esteja em confronto direto com o interesse social, em rota de colidência com os princípios condizentes com a ordem pública.

Dentro dessa concepção, o Código Civil, no artigo 421 em análise, preceitua que a liberdade de contratar não pode divorciar-se da função social, autorizando, por exemplo, a rescisão do contrato lesivo; a anulação do pacto firmado em estado de perigo; combatendo o enriquecimento sem causa de um dos contratantes; admitindo a resolução do contrato por onerosidade excessiva, entre outras hipóteses de restabelecimento do princípio da igualdade e o da boa-fé.

O dirigismo contratual provocou inegáveis restrições ao princípio da autonomia de vontade, permitindo a intervenção estatal em certos negócios jurídicos contratuais.

É autorizada, assim, a adoção de medidas excepcionais pelo Estado, para coordenar os vários setores da economia, protegendo os economicamente mais vulneráveis, o que implica no sacrifício, por vezes, de interesses particulares em benefício da coletividade.

A revisão judicial dos contratos possibilita a alteração dos pactos, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada.

Em casos excepcionais e graves, é possível a revisão judicial dos contratos, quando a superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, por exemplo, tornam insuportavelmente onerosa a relação contratual, gerando distorções intoleráveis.

Modernamente, a aceção da função do contrato não é a de exclusivamente atender aos interesses dos contratantes, como se as avenças tivessem existências autônomas. Isto porque, nos dias atuais, o contrato é considerado como parte de uma realidade maior, fator de mudança da própria realidade social.

A função social do contrato afasta a premissa, anteriormente inalterável, de que os contratantes tudo podem fazer, no exercício da autonomia de vontade, eis que o contrato, no meio social, é um instrumento de inegável influência na vida dos indivíduos que integram uma determinada sociedade, não se podendo admitir, portanto, a inserção de cláusulas desleais e iníquas.

As estipulações feitas no contrato, entretanto, devem ser fielmente cumpridas, sob pena de execução patrimonial do inadimplente.

O respeito à auto-regulamentação dos interesses das partes de um contrato, baseado no princípio da autonomia de vontade, é indispensável, sob pena de se admitir o caos social, como visto anteriormente.

Muito embora mantido, o princípio da autonomia de vontade suporta atenuações, não se revestindo mais de caráter absoluto.

A teoria da imprevisão permite ao juiz, em hipóteses excepcionais, rever os atos negociais, desde que vislumbre a presença de desigualdade superveniente das obrigações contratadas e enriquecimento ilícito de um dos contraentes.

O artigo 478 do Código Civil permite até mesmo a resolução do contrato por onerosidade excessiva, desde que os contratos sejam de execução continuada ou diferida, e a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.


O Código Civil é tão impregnado do sentido de justiça e igualdade, que, em seu artigo 479, admite que a resolução pode ser evitada, desde que restabelecido o equilíbrio contratual.

Verifica-se que a força vinculante dos contratos somente poderá ser contida pelo magistrado diante de circunstâncias excepcionais e extraordinárias, que impossibilitem a execução do contrato em justo equilíbrio.

Revela-se indispensável ressaltar que, mais do que nunca, o direito privado sofre uma influência direta da Constituição da República, o que significa atestar que muitas relações particulares, que antes eram deixadas ao exclusivo arbítrio das partes, obtêm uma nova relevância jurídica e um controle estatal mais acentuado.

Segundo a lei, o controle do abuso na relação contratual incumbe ao Estado, que, em determinadas situações, pode e deve intervir ativamente, na busca do equilíbrio contratual necessário.

Por fim, torna-se imperioso concluir que a adoção dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva representa o

maior avanço do ordenamento jurídico pátrio, verificado nos últimos anos, influenciando de modo marcante em todos os setores do direito obrigacional, que passam a conviver com princípios emergentes, que retratam uma renovada ordem jurídica, mas que devem ser compatibilizados e examinados em harmonia com os princípios clássicos do contrato, que são o da autonomia de vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do conteúdo contratual, e da relatividade dos seus efeitos, impedindo que estes últimos princípios prevaleçam, em determinados casos concretos, diante do interesse social preponderante. 

O Despacho "Ao Contador": Aparente Simplicidade na Contramão da Celeridade

Guilherme Bollorini Pereira
Juiz Federal da 35ª Vara/RJ

A RAZÃO DE ESCREVER

Confesso que relutei um pouco em escrever esse artigo. Não por medo de reações contrárias, pois é isso justamente o que acontece cada vez que prolatamos uma sentença ou uma decisão que desagrade uma ou ambas as partes. Faz parte, para usar uma expressão já fora de moda. Meu receio era que algum ou alguma colega pudesse pensar que estivesse tentando ensinar alguma coisa ou tivesse a intenção de criticar o trabalho de alguém. Mas a relutância logo passou, pois minha intenção sempre é a de colaborar, de alguma forma, no intuito de buscar o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, especialmente no que tange à celeridade do trâmite.

E, o mais importante, tudo o que vou dizer a seguir tem como base minha própria experiência na judicatura, trabalhando em varas cíveis, em vara do interior, em juizados especiais, em turmas recursais, na Turma Nacional de Uniformização e em vara previdenciária e de propriedade industrial.

Assim, os erros e acertos que motivaram essas linhas são meus mesmo e os exemplos são hipotéticos. Vou prosseguir então, na certeza de poder, ao menos, chamar à reflexão. Se conseguir isso, já terá valido à pena.

1. INTRODUÇÃO

"Ao contador". Esse singelo despacho do magistrado que encaminha os autos ao contador judicial pode dar início a uma das mais tormentosas vias do trâmite processual, aquela referente à fixação do valor líquido que será base para o início da fase de execução. Outros despachos podem ter destino idêntico: "ao contador para calcular o débito de acordo com a decisão transitada em julgado"; "diga o contador" etc.

A pretensão desse pequeno artigo é tentar esclarecer a respeito de um dos maiores entraves à celeridade do processo, mormente na fase de satisfação do credor, nos casos em que é necessária a requisição dos serviços da contadoria do juízo, apta a elaborar cálculos para se chegar ao valor que corresponda exatamente ao que ficou decidido no processo.

Uma das possibilidades de se chegar àquele valor é requisitar o trabalho do contador judicial na elaboração dos cálculos, mormente nos casos em que a parte a que interessam é beneficiária da gratuidade de justiça.

2. A ATIVIDADE-MEIO DO CONTADOR JUDICIAL

A importância do trabalho técnico da contadoria do juízo não pode ser exagerada, pois é fundamental para a razoável duração do processo em sua fase final a presença e atuação desse auxiliar, esclarecendo o juiz a respeito da quantia em dinheiro que resulta da liquidação do que ficou decidido nos autos, geralmente na prolação de acórdãos dos tribunais de segundo grau ou dos tribunais superiores. Normalmente esse órgão é composto por profissionais de alto nível técnico e competência comprovada.

Mas essa atividade é sempre um instrumento, um meio à disposição do juízo para utilizá-lo nas circunstâncias que o processo exigir.

3. DA NECESSIDADE DE O JUIZ ENTENDER O JULGADO EM TODOS OS SEUS DETALHES

Cabe observar que antes do juiz encaminhar os autos à contadoria, ele mesmo, acima de qualquer outro órgão auxiliar, deve examinar os autos e ter ciência dos exatos limites do que transitou em julgado no processo.

Sem saber quais são esses limites, corre o risco de se omitir indevidamente em um momento crucial do processo, como naqueles casos em que o autor saia vencedor, ao menos parcialmente, e necessite apurar o *quantum debeatur*, ocasião em que será necessário o auxílio da contadoria do juízo.

O resultado dessa escolha pelo magistrado, sem estabelecer detalhadamente os critérios de cálculo, é *transferir ao contador judicial* o papel de intérprete da coisa julgada, quando tal função, aliás, um dever, é do órgão jurisdicional.

Com isso o auxiliar do juízo elabora os cálculos que *ele* entende retratarem o resultado final do processo. Nesse mister, obviamente, teve de compulsar os autos, verificar documentos, analisar os termos do acórdão e, às vezes, também da sentença de primeiro grau, nos casos em que o julgado superior a mantém, assim como a incidência de índices de correção monetária, dos juros legais, enfim, uma análise completa.

Por último, mas não o menos importante, pode ocorrer que o contador entenda necessário examinar dispositivos de lei (como nos casos envolvendo prestações em dinheiro e de trato sucessivo pagas pelo Estado, como aposentadorias e pensões), interpretando-os segundo seu critério, pois não há outro para guiá-lo, já que tal critério deve partir justamente de quem tem a responsabilidade de decidir *definitivamente* a respeito da conta a ser elaborada.

Uma observação se impõe: pouco importa se o juiz que remete os autos ao contador seja o mesmo que prolatou a sentença confirmada pelo tribunal, turma ou conselho recursal. Mesmo nesses casos, e por mais forte razão, deve o magistrado, ao determinar a elaboração de cálculos judiciais, explicar os critérios que adotou para firmar sua convicção, com fundamento no que ficou definitivamente decidido no processo. É evidente que a dificuldade aqui será menor, mas isso não prescinde da mesma providência esclarecedora a cargo do juiz.

Também não é relevante para a realização dos cálculos se o dispositivo legal aplicável contenha em seu texto elementos de operação matemática, *desde que o órgão jurisdicional aponte exatamente qual regra incidirá*. Não é incomum o contador judicial, ao

receber autos para elaboração de conta com despacho genérico, devolva-os com observações a respeito da interpretação da sentença ou do acórdão em cotejo com tal ou qual dispositivo legal.

Ora, tais questões não devem se intrometer na relação do juiz com a contadoria. O que pode ocorrer é que, para aplicar determinada regra legal, haja necessidade da parte juntar esse ou aquele documento. Mas isso é outra coisa, nada tendo a ver com a fixação, pelo juiz, dos critérios de elaboração da conta.

Também pode ocorrer que o despacho, embora detalhado e preciso, contenha algum erro material, uma contradição em si mesmo. Nesses casos, sim, o contador judicial pode, e a meu ver deve, retificar aquele despacho nesses pontos específicos, corrigi-los, elaborar os cálculos, se possível, e informar ao juízo da providência de correção adotada.

4. DO REINÍCIO DA VIA-CRÚCIS

Não poucas vezes, já elaborados os cálculos com base em despacho genérico, os autos retornam às partes, que podem tomar uma de duas posições: ou concordam com eles, o que é incomum ou, uma delas, ou ambas, os impugnam, alegando tal ou qual defeito nos critérios apontados pelo contador.

Veja bem que aqui se abre nova oportunidade ao juiz para examinar os autos, estudá-los, fixar critérios baseados em regras legais, tudo em conformidade com o que ficou decidido no processo e que servirão de base ao trabalho do contador judicial.

Só não é aconselhável, a meu ver, que se remeta os autos ao contador para novos esclarecimentos sem a indicação dos critérios a seguir. Quando isso ocorre, o contador esclarece, o juiz dá vista dos autos às partes e se reinicia o círculo vicioso, que só pode ser quebrado por uma atitude firme do órgão jurisdicional (até podem as partes concordar com os cálculos, mas aí já vencidas pelo cansaço de tantas idas e vindas dos autos à contadoria). Retomado o comando do trâmite pelo juiz, vários meses decorreram desde o primeiro dia em que os autos foram ao contador. Ora, por que não fazê-lo de início?

Em uma comarca com movimento processual pequeno, o que está se tornando cada vez menos corrente nos dias atuais, pode dar-se

ao luxo de suportar esse alargamento do trâmite, embora, mesmo nesse caso, a parte a quem interessam os cálculos acabe sendo prejudicada pelo simples fato de que, como qualquer de nós que necessite de uma prestação jurisdicional, seu processo durará mais do que o necessário.

Transferindo-se esse cenário para comarcas e subseções judiciárias de grande volume de feitos, isso acaba se tornando um problema e tanto, pois analisar autos judiciais não é coisa fácil, mormente para quem não é do ramo.

5. EXEMPLOS DO DIA-A-DIA

Um exemplo, embora simples, esclarece: determinado autor, segurado da previdência social e beneficiário da gratuidade de justiça, situação bastante comum no meio forense, tanto federal quanto estadual, saiu-se vencedor em uma ação em que pleiteava o pagamentos das diferenças decorrentes da Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos (TFR), questão ainda recorrente (embora em número bastante reduzido atualmente) na Justiça Federal do Rio de Janeiro e para a qual a contadoria já dispõe de programa próprio para efetuar o cálculo, necessitando de alguns dados complementares, embora fundamentais para o resultado esperado.

Pois bem. Transitada em julgado a última decisão de mérito no processo (sentença ou acórdão), vêm os autos ao juiz que, nos casos em que o autor é beneficiário de gratuidade de justiça, ou mesmo para decidir em embargos de devedor, remete os autos ao contador.

Aí está um momento importantíssimo. Dependendo do despacho do juiz, pode-se ou não iniciar para o credor, e também para o contador, como se verá adiante, o calvário a que se aludiu acima.

Ele pode proferir um despacho simples, aliás, simples demais, como este: "ao contador para efetuar os cálculos de acordo com a decisão transitada em julgado". Aí está o contador pronto para assumir o papel do magistrado, tendo que examinar os autos, fazer juízos de valor, pesquisar o voto condutor (ou vencedor) do acórdão, os termos da sentença, o que transitou em julgado e o que não transitou etc.

Ou então o juízo pode ser mais explícito e detalhista, em benefício do processo e de todos, despachando nos seguintes termos:

"ao contador judicial para calcular a aplicação ao benefício do autor da Súmula 260 do TFR, pelo critério da política salarial, com data de início do benefício em 3/8/1980 e renda mensal inicial de Cr\$ 4.520,22, respeitada a prescrição quinquenal (fl. 2), com correção monetária pela tabela de precatórios da justiça federal e juros de 6% ao ano, contados da citação do INSS, mais honorários de 5% sobre as parcelas atrasadas, contadas até a publicação da sentença, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça; sem reembolso de custas".

Para processos repetitivos, como o do exemplo acima, basta elaborar um modelo de despacho para que sirva de padrão para outros semelhantes, nos quais serão alterados apenas dados pessoais do credor.¹

Em qualquer caso, o contador judicial ficará "amarrado" ao despacho, não tendo que pesquisar os autos a fundo, pois essa atividade, além de atípica, provoca a intromissão do contador judicial naquela relação processual angular mencionada na doutrina.² O resultado dessa nova postura do juiz certamente causará alívio para o servidor da contadoria, que deixará de assumir uma responsabilidade que não é dele e, conseqüentemente, *menos tempo os autos permanecerão em seu setor*.

Na Justiça estadual, não poucas vezes ocorre a mesma situação, tanto nas varas cíveis quanto nas varas de fazenda pública. Veja-se um exemplo.

Transitado em julgado o acórdão a favor do autor da ação, na fase de elaboração dos cálculos, a Fazenda apresentou suas contas, *que foram aceitas pelo autor*. Expedido o precatório, os autos do processo foram arquivados, restando pendente apenas o pagamento. Tempos depois, o juiz decide mandar desarquivar os autos do processo e determinar ao contador a atualização dos cálculos mediante o singelo despacho "ao contador".

¹ Outras hipóteses poderiam ser mencionadas: qual a legislação aplicável no recálculo do valor da renda mensal inicial de benefício previdenciário do regime geral de previdência social, sabendo-se que a lei tem sido alterada de tempos em tempos; índices de correção monetária com incidência ou não de expurgos inflacionários etc.

² No ensinamento de Humberto Theodoro Junior, com base em Hellwig, *in Curso de Direito Processual Civil*, v. I, p. 294, 18ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1996.

A atualização, portanto, só poderia ser daqueles cálculos apresentados pela Fazenda, *com os quais a parte autora concordou*. No entanto, o contador elaborou novos cálculos - seguindo critérios próprios -, sem que o juiz tivesse fixado qualquer parâmetro, até porque se tratava de simples atualização.

O autor, inconformado, explica ao magistrado que a contadora não atualizou os cálculos, mas elaborou outros a seu modo. Daí por diante, os despachos que se seguem a cada intervenção do autor são sempre os mesmos: "ao contador". Este, por sua vez, informa o seu entendimento quanto à forma de elaborar os cálculos. Esse vai-e-vem pode durar meses.

Esse é um exemplo de como se prolongam os procedimentos de satisfação do crédito com conseqüências funestas para o credor, que já teve que suportar todo trâmite do processo de conhecimento. Ora, isso poderia ter sido evitado se, após o desarquivamento, o juiz determinasse em seu despacho que o contador simplesmente atualizasse os cálculos à vista dos quais *as partes já haviam concordado*.

6. O ABARROTAMENTO DA CONTADORIA

Se imaginarmos, por hipótese, que um grande número de processos apresentem despachos genéricos para o contador judicial, o resultado não é difícil de prever: centenas de processos aguardando por meses a disponibilidade de um servidor para a elaboração dos cálculos. Sim, porque enquanto o servidor prepara a memória para um processo (compulsando cuidadosamente os autos, o que demanda tempo), outros chegam diariamente, e como nunca há servidores em número suficiente, fica comprometida a "razoável duração do processo", garantia alçada à dignidade de norma constitucional.³

Isso sem falar no segundo ciclo referido acima, ou seja, quando os autos são devolvidos ao juízo, que abre prazo para as partes falarem; basta uma impugnação para novamente os autos serem devolvidos ao contador (*sem a decisão sobre os critérios a seguir*) e

³ Art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna.

lá ficarão por mais tempo, pois aqueles autos não recuperam seu lugar na fila onde estavam por ocasião do primeiro cálculo.

É evidente que tal situação não ocorre em todos os processos, assim como pode acontecer de o contador elaborar cálculos com os quais concordem as partes. Neste caso, questão resolvida. Mas situações assim não ocorrem com frequência.

Naturalmente, o juiz, ao definir os critérios de cálculo, pode equivocar-se em relação a eles, mas aí *o contador atua no seu mister*, advertindo o magistrado a respeito de qualquer erro material do juízo, que comprometa a exatidão da conta.

O que não pode ocorrer, a meu ver, é que se inicie uma discussão sobre a legalidade de tal ou qual critério. Ora, se o juiz escolheu um critério e o utilizou na requisição dos cálculos, elaborada a memória, dada vista às partes e prolatada a decisão, se qualquer delas ou ambas não se conformarem, caso o juiz insista em mantê-la, que utilizem as vias recursais, abundantes em nosso sistema processual.

Outra observação que penso ser importante: por ocasião da prolação da sentença, deve o órgão jurisdicional especificar logo quais os parâmetros a serem observados por ocasião da liquidação do julgado, tais como data do início para a contagem dos juros legais ou, se for o caso, contratuais, dos índices de correção monetária, percentual de honorários, e base de cálculo destes, e apontar claramente quais os dispositivos legais e quais documentos nos autos servirão de base à elaboração da memória.

Enfim, munido de todos os subsídios para a elaboração da conta, o servidor poderá, com tranqüilidade e sem se preocupar em compulsar os autos cuidadosamente, para buscar essa ou aquela decisão, a fim cumprir o despacho a contento, trabalhar de acordo com as instruções que recebeu do juiz, este, sim, com a obrigação de entender o julgado para que os cálculos resultem exatamente do que transitou em julgado.

Caso o contador ainda permaneça na dúvida, pode achar conveniente esclarecer o juízo a respeito de alguma questão relevante, mas entendo que a conta sempre deva ser elaborada (salvo se ausente algum elemento indispensável de que não dispõe o técnico) e, ao devolver os autos, deva o contador alertar o magistrado *nesse*

ponto específico. Caberá, então, ao juiz decidir se é caso dos autos retornarem ou não à contadoria e, no primeiro caso, definir que caminho devam seguir.

7. INFERÊNCIAS

Nunca é demais repetir a importância da atividade da contadoria para se assegurar o cumprimento do julgado, bem como a confiança e transparência que devem firmar a relação entre a atividade jurisdicional e a da contadoria do juízo.

Isso, naturalmente, não impede o contador judicial de exprimir sua opinião técnica a respeito da conta, suscitar dúvidas caso haja alguma contradição ou obscuridade no despacho, solicitar esclarecimentos etc. Tenho para mim que é um dever agir assim. Mas entendo que tais questionamentos devem resultar do que determinou o juízo e não do exame completo dos autos, função que não é da contadoria.

Portanto, os limites de atuação devem ficar claros e a iniciativa para delimitar a atividade da contadoria, técnica por excelência, mas cingida à elaboração da conta, deve *sempre* partir do órgão jurisdicional, com o máximo de detalhamento possível, pois é dele a obrigação de interpretar o julgado, determinar a aplicação de algum dispositivo legal quanto ao que interessa à conta e prolatar decisão final sobre ela.

Agindo assim, o órgão jurisdicional, penso que se prestigia o respeito à segurança jurídica de todos os envolvidos no processo, que, nunca é demais repisar, é um instrumento de pacificação social.☐

Interesses e Direitos *Essencialmente e* *Acidentalmente* Coletivos

Marcelo Daltro Leite

*Procurador de Justiça do Rio de Janeiro e
Mestre em Direito pela UNESA.*

1. INTRODUÇÃO

A doutrina estrangeira, desde a década de setenta do século XX, a partir da experiência norte-americana das *Class Actions*, principiou discussão sobre o tema dos direitos difusos ou coletivos, propondo reflexão sobre o direito processual civil, até então fortemente marcado pelo individualismo que permeava o imaginário da sociedade ocidental.

Os estudiosos do assunto em terras brasileiras não ficaram alheios àquela discussão, cabendo, no entanto, ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira a produção de verdadeiro marco teórico a respeito do tema, sobre o qual a doutrina nacional desenvolveu-se.

Barbosa Moreira¹, na clarividência de sua genialidade, antes mesmo da edição do Código do Consumidor, distinguia dois tipos de litígios de massa que veiculavam duas espécies de interesses coletivos, a saber: os *interesses essencialmente coletivos* e os *interesses acidentalmente coletivos*.

A doutrina² acolheu a tese do Prof^o. Barbosa Moreira, fazendo-o também o legislador, tal como se vê da dicção do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*-Terceira Série, p. 193.

² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 211; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 20; VIGLIAR, José

A distinção em questão leva em consideração a natureza unitária ou cindível da situação plurissubjetiva que compõe o litígio que será objeto de processo judicial.

A natureza unitária da situação plurissubjetiva própria dos *interesses/direitos essencialmente coletivos* resulta da indivisibilidade do objeto do litígio³, como aconteceria nas hipóteses de meio ambiente, patrimônio histórico, consumidor, neste caso, por exemplo, se se tratasse de medidas de proteção à saúde pública. A indivisibilidade se determinaria quando, na prática, não se pudesse admitir que o bem fosse fruído por alguns e não o fosse por outros.

Haveria, nesta hipótese, situação que se assemelharia ao litisconsórcio unitário, na medida em que a solução dada ao litígio seria, necessariamente, unitária⁴ para todos os sujeitos.

De outra sorte, os *interesses/direitos acidentalmente coletivos* teriam como marca distintiva a diversidade de objetos, de sorte que a solução para o litígio seria perfeitamente cindível, assemelhando-se à hipótese de litisconsórcio comum⁵ (ou simples).

A transcrição do texto em que o Prof. Barbosa Moreira estabelece a dicotomia dos interesses/direitos coletivos, considerando que o presente trabalho a terá como pedra fundamental, se faz sobretudo relevante:

A nosso ver, dentro do âmbito acima delimitado, cabe estabelecer uma distinção importante.

a) Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individu-

Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 66; GIDI, Antonio. *La Tutela de Los Derechos Difusos, Coletivos e Individuales Homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 32; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 101.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988". *Revista de Processo*, n. 61. São Paulo: RT.

⁴ Esta semelhança não passou despercebida por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, conforme se vê de sua obra *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, RT, p. 211.

⁵ A designação "comum" ao litisconsórcio em que se admite tratamento heterogêneo aos co-autores ou co-réus é utilizada por Barbosa Moreira (*Litisconsórcio Unitário*, p. 129) e Cândido Rangel Dinamarco (*Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 123); enquanto, "simples" é a designação utilizada por Humberto Theodoro Júnior (*Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 2.ed., p. 114).

ais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a quota de um e onde começa a de outro. Por isto mesmo instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão a inteira coletividade..Designaremos essa categoria pela expressão "interesses essencialmente coletivos"..

b) Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída *a priori* a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do "impacto de massa". Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das parcelas, consideradas como tais... Para distinguir do anteriormente descrito este gênero de fenômeno, falaremos, a seu respeito, de "interesses acidentalmente coletivos".

Tratando-se de interesses essencialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um resultado uniforme para todos os interessados, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade... Já nos casos de interesses acidentalmente coletivos, uma vez que, em princípio, se tem de admitir a possibilidade de resultados desiguais para os diversos participantes, a disciplina unitária não deriva em absoluto de uma necessidade intrínseca. Pode acontecer que o ordenamento jurídico, por motivos de conveniência, estenda a essa categoria, em maior ou menor medida, a aplicação das técnicas da unitariedade; esse, porém, é um dado contingente, que não elimina a diferença, radicada na própria natureza das coisas.

Cabe assinalar que a referência a "técnicas da unitariedade" em relação aos interesses/direitos acidentalmente coletivos não são, como disse o Prof. Barbosa Moreira, uma decorrência da natureza das relações jurídicas individuais que os compõem, mas uma opção de política legislativa, tal como ocorre na extensão subjetiva da coisa julgada pelo reconhecimento legal da eficácia *erga omnes da res iudicata*.

A semelhança entre os interesses/direitos essencialmente coletivos e o litisconsórcio unitário, na medida em que ambos correspondem a situações jurídicas plurissubjetivas de natureza unitária, permite que ao primeiro instituto seja direcionada a luz que foi lançada sobre a etiologia do segundo pela genialidade do Prof. Barbosa Moreira⁶, buscando melhor compreensão das situações jurídicas que se enquadram, na terminologia do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, como interesses/direitos indivisíveis.

2. INTERESSES/DIREITOS COLETIVOS - INSTITUTO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Importa ressaltar que o instituto dos interesses/direitos coletivos não é tema afeto ao estudo do direito material, porquanto, quando dele se cuida, não se discute a relação jurídica do ponto de vista das relações dos indivíduos entre si⁷, mas instituto de direito processual de enfoque constitucional na medida em que seu reconhecimento se dá no âmbito da discussão sobre o direito fundamental de acesso à justiça e sobre a adequada prestação jurisdicional. Basta que se veja a regulação do tema pela legislação. O parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor busca definir tais interesses/direitos apenas e tão-só para regular a tutela coletiva, de sorte que a conceituação dos interesses/direitos coletivos se faz como resultado da percepção dos processualistas sobre a necessidade de mediação jurisdicional dos conflitos sociais⁸ e de massa⁹.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil, Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 10.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988". *Revista de Processo*, n. 61. São Paulo: RT.

Os interesses/direitos coletivos não são, nesta linha de conta, direitos de uma coletividade numa perspectiva jurídica de direito material, na medida em que a coletividade (ou a sociedade) não é pessoa e, portanto, não é titular de direitos e de obrigações (embora a sociedade tenha sua existência do ponto de vista da ciência política ou da sociologia); são *direitos individuais* que, em razão da unitariedade (transindividualidade essencial) ou similitude pela origem comum (transindividualidade accidental), podem ser defendidos conjuntamente pela legitimação extraordinária e regulados concretamente através de tutela jurisdicional coletiva.

Esta perspectiva jurídica de direito material, aliás, foi destacada por Vigoriti¹⁰ ao afirmar que a comunidade ou o grupo não podem ser considerados, no ordenamento jurídico italiano, centros de imputação normativa, de sorte que ainda quando se fale em direitos coletivos não se pode perder de vista a pessoa, cuja figura justifica a relevância da transindividualidade.

Mauro Cappelletti¹¹ relembra que o direito processual tradicional trabalha, ao examinar as soluções para os problemas da proteção jurisdicional, em cima de dois conceitos que remontam à *summa divisio* de Justiniano e de Ulpiano: direito privado e direito público. A solução privatística significa que aquele que possui a titularidade do direito pode agir para tutela do mesmo, quando violado. A solução publicística significa que, quando o direito não é privado, mas de caráter público, cabe ao Estado a legitimidade para agir.

Desta forma, quando certo direito assumia contornos coletivos, isto é, se difundia por uma coletividade por ter como objeto um bem de fruição coletiva (unitariedade), cabia ao Estado defendê-lo. Isto acontecia porque o Estado era a sociedade juridicamente representada. O descolamento dos dois conceitos, Estado e sociedade,

¹⁰ VIGORITI, Vicenzo. *Interessi Collettivi e Processo*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p.49 e 58: "Ora, in certi casi almeno, si può indubbiamente affermare che quanti si riconoscono in un certo interesse costituiscono una 'comunità', o un 'gruppo' differenziato a livello sociológico, ma non credo che, nel nostro ordinamento, gruppi di questo tipo possano essere considerati, in senso tecnico, centri di imputazione normativa...Si aggiunga solo che ricostruzioni di questo tipo, riferendosi al collettivo come a un qualcosa del tutto diverso e sovraordinato all'individuale, finiscono sempre col distogliere l'attenzione dal protagonista effettivo del fenomeno collettivo, e cioè dalla persona, a cui gli interessi, anche se a rilevanza superindividuale, non cessano mai di appartenere."

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. "A tutela dos Interesses Difusos". *Revista Ajuris*, v. 33, 1985.

operado no século XX, dá existência autônoma à sociedade e causa uma curiosa conseqüência que reside no reconhecimento de que o Estado *não é o único legitimado a defender os direitos que interessam à coletividade*, tais como meio ambiente, saúde pública etc. A sociedade (figura típica da Sociologia), através de seus integrantes, pessoas físicas e jurídicas (figuras típicas do Direito) pode, ao lado do Estado, defender estes mesmos interesses de natureza transindividual.

A transindividualidade de certos interesses/direitos não significa que a titularidade dos mesmos resida na sociedade (figura típica da Sociologia), mas que sua natureza implica em uma situação jurídica global unitária em que os direitos individuais têm tão íntima comunhão que se poderia dizer que o direito de um é o direito de todos ao mesmo tempo, centrando-se a titularidade na pessoa física ou jurídica (figuras típicas do Direito), daí Barbosa Moreira¹² dizer que tais interesses/direitos "não pertencem a uma pessoa isolada..., mas a uma série indeterminada" de pessoas.

Por tal motivo, Rodolfo de Camargo Mancuso¹³ sustenta que não se cuida, em se tratando de direito coletivo, de uma "soma de interesses", mas de uma "síntese de interesses".

A transindividualidade de certos direitos encontra justificativa no fato de sua unitariedade, por ter como objeto bem de fruição coletiva que integra o patrimônio de todos e em relação ao qual, segundo Barbosa Moreira¹⁴, não é possível identificar a quota ideal de cada titular (síntese de interesses, referida por Mancuso).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, diz que todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O texto afirma que

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. "A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro". *In: Temas de Direito Processual*, Terceira Série.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "Interesses Difusos: conceito e colocação no quadro geral dos interesses". *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 55.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos". *In: Temas de Direito Processual*, Terceira Série.

se cuida de bem de uso comum do povo, o que, na perspectiva tradicional do Direito, seria bem de titularidade do Estado, único legitimado a defendê-lo; entretanto, o texto coloca a coletividade como titular e, ao lado do Poder Público, igualmente legitimada a defendê-lo, permitindo à sociedade, por seus integrantes, a proteção do patrimônio ambiental.

Na verdade, os bens (materiais ou imateriais) de fruição coletiva implicam em situações jurídicas de natureza transindividual e sempre foram reconhecidos pelo direito material, mas sua titularidade tinha como figura central o Estado, único legitimado a defendê-los. Este quadro se transmuda quando a Teoria Política e a Sociologia descobrem a sociedade como ente distinto do Estado e permitem que o Direito Constitucional reconheça a titularidade de tais bens a todos os membros da sociedade; em conseqüência, os processualistas percebem que os direitos sobre tais bens podem e devem ser defendidos pelo Estado, mas também por todos os membros da sociedade, pessoas físicas e jurídicas (corpos intermediários), dando causa à elaboração do instituto dos interesses/direitos coletivos.

Ademais, os processualistas reconheceram que a ofensa pulverizada à plêiade de direitos individuais assemelhados, ainda que não vinculados pela unitariedade, exigia um sistema de defesa processual coletiva desses direitos, a fim de concretizar o direito fundamental de acesso à adequada justiça.

Este parece ser o estado atual da questão, que guarda o tema dos interesses/direitos coletivos para o campo do direito processual.

3. A UNITARIEDADE COMO MARCA DISTINTIVA DOS DIREITOS ESSENCIALMENTE COLETIVOS

Barbosa Moreira¹⁵ define litisconsórcio unitário "como aquele que se constitui, do lado ativo ou passivo, entre pessoas para as quais há de ser obrigatoriamente uniforme, em seu conteúdo, a decisão de mérito".

O conteúdo uniforme (ou unitário) da decisão é precisamente o ponto central da identificação do litisconsórcio unitário e sobre

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 129.

este tema se desenvolve toda a teoria de Barbosa Moreira. A compreensão adequada desta questão e sua trasladação para o instituto dos direitos coletivos permitem a dissipação da névoa¹⁶ que ainda encobre doutrina e jurisprudência quanto à caracterização das situações plurissubjetivas genericamente denominadas de "interesses/direitos coletivos".

O incomparável mestre carioca¹⁷ afirma existirem posições jurídicas individuais que guardam entre si tão peculiar comunhão de interesses que constituem uma situação jurídica plurissubjetiva de tal ordem que:

o resultado do feito não pode às vezes deixar de produzir-se a um só tempo e de modo igual para todos os titulares situados do mesmo lado. Isso decorre da maneira pela qual essas posições jurídicas individuais se inserem na situação global. Daí haver entre as várias posições individuais uma vinculação tão íntima que qualquer evolução ou será homogênea ou impraticável.

Esta situação jurídica plurissubjetiva compreende, portanto, posições jurídicas individuais que guardam entre si o vínculo da unitariedade que se caracteriza pela necessidade de solução uniforme (ou unitária). A sentença não poderá tratar uma situação jurídica individual de uma maneira, resolvendo outra de maneira distinta; ou todos os titulares dos direitos inseridos na situação global unitária têm suas situações jurídicas reguladas pela norma jurídica concreta ao mesmo tempo e de modo uniforme, ou haverá tamanha antinomia entre as diversas disposições da norma concreta que esta não terá qualquer contato com a realidade e não será possível pô-la em execução.

Pode parecer que a solução uniforme seja uma exigência da lógica própria do sistema jurídico, mas não é disto de que se cuida conforme esclarece o Prof. Barbosa Moreira¹⁸:

¹⁶ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes em sua obra *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, p. 213, informa sobre a confusão doutrinária jurisprudencial a respeito do tema.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 143.

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 144.

São de ordem prática - e não de ordem puramente lógica - as necessidades para cujo atendimento a imaginação do legislador criou o duplo expediente da extensão da res iudicata e da unitariedade do litisconsórcio, com seu regime especial... É preciso que a regra jurídica concreta formulada na sentença não possa operar praticamente senão quando aplicada às várias posições individuais.

A sentença proferida para regular situações jurídicas individuais ligadas pelo vínculo da unitariedade deve conter norma concreta que resolva o litígio de forma igualmente unitária do ponto de vista prático, o que significa dizer que a solução judicial é a mesma para todos, inclusive para aqueles que não são parte (aqui pensando ainda em termos de litisconsórcio), visto que a decisão judicial deve operar praticamente na realidade e alterar de modo uniforme a situação global ou plurissubjetiva.

Por tal motivo o Prof. Barbosa Moreira¹⁹ afirma que "à luz das precedentes considerações, fica bem clara a equivalência funcional entre extensibilidade da coisa julgada e litisconsórcio unitário".

Se a alteração prática da situação global é conseqüência da regulação de situações jurídicas individuais que se ligam pelo vínculo da unitariedade, não é possível que a sentença possa operar mudança de situação para um dos titulares e não produzir o mesmo efeito para os demais titulares, ainda que não tenham figurado na relação jurídico-processual, conforme esclarece o mestre²⁰:

Com efeito. Se uma das situações unitárias a que nos referimos é submetida à cognição judicial, pode suceder que: a) todos os co-interessados participem do processo, ou porque se vejam forçados a fazê-lo, ou simplesmente porque, sem que fosse indispensável, proponham juntos a ação ou sejam demandados em conjunto: b) um só dentre eles figure, ativa ou passivamente, no feito: c) parte deles esteja presente e outra

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 140.

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 140.

*parte ausente do processo. Nas hipóteses a) e b), o escopo da uniformização será alcançável mediante o emprego de uma única técnica: extensão da **res iudicata**, em b), e unitariedade do litisconsórcio, com aplicação do regime especial, em a). Já no terceiro caso c), será preciso lançar mão, ao mesmo tempo, de dois expedientes: 1º. Sujeitar ao regime especial os interessados que se litisconsorciaram, a fim de assegurar que para todos esses sobrevenha igual resultado; 2º, ampliar aos demais o resultado homogêneo sobrevivendo, submetendo-os ao vínculo da **auctoritas rei iudicatae**.*

O Prof. Barbosa Moreira destaca a identidade funcional das duas técnicas, regime especial do litisconsórcio unitário e extensão da **res iudicata**, como mecanismos de solução adequada para as situações unitárias porque estas exigem, repita-se, uniformidade temporal e factual. A solução de um litígio que envolva situação unitária deverá, na prática e ao mesmo tempo, influir de forma idêntica nas situações individuais que se ligam à situação global. As situações plurissubjetivas unitárias se compõem de situações individuais que guardam entre si tamanha comunhão que se pode dizer que: *a preservação do direito de um é a preservação dos direitos dos demais, a perda do direito de um é a perda dos direitos dos demais ou, ainda, a modificação do direito de um é a modificação dos direitos dos demais.*

A uniformidade, então, implica, não apenas solução idêntica, mas solução que influa de forma igualitária na situação global, alterando na prática e uniformemente as situações individuais, ainda que certos titulares de direitos ligados pelo vínculo da unitariedade não tenham figurado como partes.

Vale relembrar o alerta do querido mestre²¹ de que a razão de ser da unitariedade é de ordem prática e não meramente de ordem lógica:

Confirma-se, por outro lado, a incoerência de unitariedade no âmbito do litisconsórcio propriamente facultativo, ainda quan-

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 145.

do a decisão da causa dependa da solução que se der à questão suscitada sobre o ponto comum (de fato ou de direito): por certo, do ponto-de-vista lógico, impõe-se que tal questão seja resolvida do mesmo modo para todos os litisconsortes; mas, como inexistente vinculação prática entre as várias posições jurídicas individuais, não se torna impossível a atuação simultânea de regras concretas divergentes acaso formuladas para cada um dos co-autores ou co-réus. O ordenamento prefere tolerar essa ofensa à lógica, vista aí como mal menor.

É possível, assim, que duas situações jurídicas semelhantes tenham soluções discrepantes. Exemplo desta hipótese se dá quando dois servidores públicos, amparados em mesma norma legal, pleiteiam certo benefício funcional através de processos distintos. Nada impede que um tenha sentença favorável e outro, sentença desfavorável. Há aqui evidente paradoxo ou incongruência do ponto de vista da lógica. Como é possível que duas pessoas com as mesmas posições jurídicas tenham, ao mesmo tempo, negado e afirmado o mesmo direito? Realmente o absurdo aos olhos dos inexpertos; no entanto, trata-se de hipótese perfeitamente admissível pelo sistema jurídico, como destacou o Prof. Barbosa Moreira, sobretudo em razão do princípio do livre convencimento do juiz e da incoerência de princípio como o *stare decisis*²², este peculiar ao sistema jurídico denominado *common law*.

Diferente é a solução quando se trata de situação unitária, como ocorre, v.g., em relação aos co-locadores na ação renovatória de contrato de imóvel comercial²³. Neste caso, se dois co-locadores propusessem duas ações distintas, não seria razoável do ponto de

²² RE, Edward D. "Stare Decisis", *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 73. "A compreensão de que, no sistema do *common law*, uma decisão judicial desempenha dupla função é fundamental para nossa análise. A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata* as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema da *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente. A doutrina, cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se distorça o que foi decidido) tem raízes na orientação do *common law* segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira".

²³ Exemplo de Barbosa Moreira in *Litisconsórcio Unitário*, p. 131.

vista prático que houvesse duas decisões opostas, uma, negando, outra, reconhecendo o direito à renovação do contrato. Há tal comunhão de interesses das posições jurídicas individuais que a solução para a posição global só pode ser uniforme. E mais, se apenas uma ação renovatória fosse proposta por um dos co-locatários, a solução desta lide afetaria o universo jurídico de todos os co-locatários, independentemente de terem sido ou não partes no processo.

A comunhão de interesses entre titulares de direitos que compõem situações unitárias situa-se no nível da objetividade prática e não da objetividade lógica, pois há tamanha vinculação com a situação global que, alterada esta por ação de um dos titulares dos direitos individuais, alteram-se todos os direitos individuais a ela vinculados.

Diante do exposto, podemos afirmar que os litígios que envolvem situações unitárias: 1) exigem soluções uniformes, do ponto de vista prático, para todos os titulares de direitos individuais que compõem a situação global; 2) implicam alteração na situação global e, portanto, nas diversas posições jurídicas individuais que a compõem, independentemente de terem sido partes ou não.

Por tal motivo o Prof. Barbosa Moreira²⁴ afirma:

Se por tal prisma são iguais e interligadas as posições jurídicas individuais de dois ou mais sujeitos, então essa regra concreta necessariamente os atinge a todos com idêntica eficácia. Por isso tem de possuir o mesmo teor para os que figurem num dos pólos do processo (unitariedade do litisconsórcio) e alcança mesmo os que a ele permaneçam estranhos, conquanto houvessem podido consorciar-se ao(s) autor(es) ou ao(s) réu(s) (extensão da coisa julgada).

A unitariedade da situação global é que determina a existência de litisconsórcio unitário e a extensão da coisa julgada, institutos de idêntica funcionalidade, qual seja, afastar decisões incongruentes e inexecutíveis (o que não significa que o Direito Pátrio adote os

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 143.

dois institutos para todas as situações unitárias). A referência a ambos, no texto transcrito, tem por fim exatamente o reconhecimento de que é a natureza dos direitos individualmente considerados em face da situação global que determina a unitariedade desta mesma situação, a exigir solução que seja uniforme, do ponto de vista prático, e que abarque todas as posições jurídicas individuais.

Barbosa Moreira²⁵, quando afirma que as raízes do litisconsórcio unitário estão na natureza do direito material, esclarece bem a questão:

Mais profícua, como tentativa de esclarecimento, afigura-se a efetuada por Machado Guimarães, que num interessantíssimo ensaio, propôs se desse à expressão "interesse", na fórmula do art. 88²⁶, entendimento capaz de afeiçoá-lo às exigências do direito material, pois neste, e não no processual, é que lança raízes e encontra sua explicação última o fenômeno do litisconsórcio. "Comunhão de interesses", aí significaria "comunhão de direitos", ou mais exatamente "comunhão de direitos no objeto da demanda".

A mesma razão de ser dos dois institutos antes referidos (litisconsórcio unitário e extensão da coisa julgada) constitui o fundamento fático da existência dos interesses/direitos essencialmente coletivos: uma situação plurissubjetiva unitária.

Os interesses/direitos essencialmente coletivos são instituto de direito processual em razão do reconhecimento dos processualistas de que existem bens em relação aos quais as pessoas têm seus direitos individuais intimamente ligados pela fruição ou interesse coletivo.

A razão da existência dos interesses/direitos coletivos está na natureza do bem objeto do direito material, mas tal fato não descaracteriza o instituto como processual, porquanto é sob este pris-

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O Litisconsórcio e seu Duplo Regime". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 393, 1968.

²⁶ A referência aqui é ao art. 88 do CPC de 1939, vigente à época do texto.

ma que aquela situação jurídica global sobre determinado bem é observada.

Não se afigura, portanto, despropositado colocar o *interesse/direito essencialmente coletivo como instituto processual* de idêntica funcionalidade àquela do litisconsórcio unitário e da extensão da coisa julgada. Independentemente dos mecanismos próprios de cada instituto, inafastável o fato de que é precisamente a necessidade de solução uniforme, do ponto de vista prático, para situações plurissubjetivas unitárias a razão de ser de sua existência.

A distinção entre o interesse/direito essencialmente coletivo e o litisconsórcio está na dimensão coletiva daquele que falta a este. A dimensão coletiva pode ser identificada pela relevância jurídico-social da demanda por tratar de interesse comum a todos os membros da sociedade ou de parcela que a compõe.

A referência à indivisibilidade feita pelo legislador no parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos interesses/direitos difusos e coletivos, indica o reconhecimento da unitariedade das lides que pretende regular. Barbosa Moreira²⁷ afirma que "do ponto de vista objetivo, esses litígios a que eu chamei essencialmente coletivos distinguem-se porque seu objeto é indivisível".

A indivisibilidade do objeto do litígio (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*) significa que se trata de litígio em que estão envolvidas situações plurissubjetivas ligadas pelo vínculo da unitariedade. Indivisibilidade do direito ou do objeto do litígio é sinônimo de situações plurissubjetivas unitárias de dimensão coletiva.

Interesse/direito essencialmente coletivo é, portanto, instituto de direito processual que visa a regular numa só norma jurídica concreta situações plurissubjetivas unitárias de dimensão coletiva que compreendem um número indeterminado (difusos) ou determinável (coletivos *stricto sensu*) de pessoas que têm posições jurídicas individuais de tão íntima comunhão em relação a determinado bem, que a solução para a lide deve ser uniforme, do ponto de vista prático, para todos os titulares.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 61.

As conseqüências práticas da imbricação das posições jurídicas individuais com a situação global, em se tratando de situações plurissubjetivas unitárias, podem ser identificadas também nos interesses/direitos essencialmente coletivos, quais sejam: a **preservação do direito de um é a preservação dos direitos dos demais, a perda do direito de um é a perda dos direitos dos demais ou, ainda, a modificação do direito de um é a modificação dos direitos dos demais.**

Por tal motivo, Prof. Barbosa Moreira²⁸ afirma:

Não se está focalizando, nesta perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível, do que resulta uma conseqüência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste esta conseqüência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal.

A compreensão da unitariedade como causa dos interesses/direitos essencialmente coletivos tem enorme importância prática, exatamente como destacou o querido mestre carioca, em razão das conseqüências da incindibilidade da posição global em que estão inseridas as posições jurídicas individuais. A exata percepção desta questão poderia dissipar a névoa que paira sobre doutrina e jurisprudência na perfeita identificação concreta dos direitos coletivos *lato sensu*, em especial em relação aos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

A unitariedade ou incindibilidade ou indivisibilidade do objeto da demanda ou, em outros termos, da situação plurissubjetiva identifica-se, segundo Barbosa Moreira²⁹, "à vista do pedido e da *causa*

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988".

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 146.

*petendi*³¹. A causa de pedir é fato ou conjunto de fatos a que o autor atribui às conseqüências jurídicas afirmadas na petição inicial. Se a causa de pedir compreender uma situação jurídica transindividual³⁰ unitária, o resultado da demanda será necessariamente indivisível. O pedido, por sua vez, deve se apreciar à luz de seus objetos imediato e mediato³¹. O objeto imediato é a providência jurisdicional solicitada, enquanto o mediato é o bem que o autor pretende conseguir por meio da prestação jurisdicional³². Se o objeto mediato compreende bem relacionado com a situação plurissubjetiva unitária, o objeto imediato será, necessariamente, uma prestação jurisdicional de natureza uniforme (ou igualmente unitária), sob pena de faltar ao autor interesse de agir, na espécie interesse-adequação, que se determina pela adequação entre o objeto imediato e mediato do pedido.

A unitariedade, ademais, pode ser material ou jurídica³³. A unitariedade material é aquela decorrente de uma situação fática, como ocorre, *v.g.*, em relação ao meio ambiente. A unitariedade jurídica, embora de reduzidíssima possibilidade, encontra exemplo em ação para anular assembléia de acionista de sociedade anônima ou em ação que envolva litígio decorrente de contrato coletivo de trabalho.

Convém, neste passo, destacar que a legitimação extraordinária e a extensão da coisa julgada não são causa dos interesses/direitos essencialmente coletivos, embora sejam institutos utilizados pelo legislador na regulação das ações coletivas a fim de dar coerência e maior eficácia à tutela coletiva.

A legitimação extraordinária prevista na legislação pátria (art. 82 do Código de Defesa do Consumidor) nada tem a ver com a etiologia dos interesses/direitos essencialmente coletivos, sendo,

³⁰ Situação transindividual deve ser aqui considerada como situação jurídica plurissubjetiva de dimensão coletiva. No caso dos interesses/direitos essencialmente coletivos, a transindividualidade é da natureza em si dos diversos direitos individuais, ou, como diz Barbosa Moreira: "a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos".

³¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, p. 212.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12.

³³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, p. 212.

antes, uma questão de política legislativa. Basta reconhecer que não é a legitimação extraordinária que faz surgir o interesse/direito essencialmente coletivo, pois é possível que o legislador proponha esta técnica para ações em que se veiculem lides sem a característica da unitariedade (exemplo é a defesa coletiva dos direitos acidentalmente coletivos).

A extensão da coisa julgada ordenada pelo art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, também não justifica a existência da unitariedade; esta é que justifica aquela, técnica processual cujo fim é afastar a possibilidade de outra decisão judicial, eventualmente contraditória, sobre situação jurídica unitária.

4. A CINDIBILIDADE DOS DIREITOS ACIDENTALMENTE COLETIVOS

Os interesses/direitos acidentalmente coletivos, por sua vez, têm sua regulação pela similitude com o litisconsórcio comum.

Barbosa Moreira³⁴ define litisconsórcio comum como sendo aquele que permite "tratamento heterogêneo, na decisão de mérito, aos vários co-autores ou co-réus". Cândido Rangel Dinamarco³⁵ afirma que "litisconsórcio comum é o não-unitário, ou seja, é aquele em que o juiz tem (relativa) liberdade para julgar de modos diferentes as pretensões ou situações dos diversos litisconsortes."

A semelhança do litisconsórcio comum com os direitos acidentalmente coletivos está precisamente na cindibilidade da norma jurídica concreta em razão da autonomia das situações jurídicas individuais que compõem as situações globais reguladas pelos dois institutos processuais.

Barbosa Moreira³⁶, após discorrer sobre os direitos essencialmente coletivos, indaga e esclarece:

Que são litígios acidentalmente coletivos? Estes não apresentam as mesmas características daqueles, sobretudo a caracte-

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 129.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 123.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988".

rística da indivisibilidade do objeto... Nada impede, entretanto, que estabeleçamos a divisão: cada um tem direito a tanto, ou não tem direito; uns podem ter, outros podem não ter. A solução é perfeitamente cindível, nada tem de unitária, ao contrário do que se dá com a outra espécie, em que não se conceberia que alguém pudesse ter interesse, por exemplo, numa fração da paisagem.

A característica dos direitos acidentalmente coletivos é a divisibilidade, que reside no fato de que não há qualquer vínculo de unitariedade entre os diversos direitos individuais ou, de outro modo, na cindibilidade da norma jurídica concreta em razão da autonomia das situações jurídicas individuais que compõem a situação global.

Vale destacar que a cindibilidade ou divisibilidade do direito não significa que haja um único direito com vários titulares a certa fração ideal, mas vários direitos individuais que compõem, do ponto de vista do direito processual, uma comunhão de direitos tão assemelhados que se justifica sua defesa coletiva em homenagem ao princípio constitucional do acesso à justiça, permitindo, via de consequência, uma sentença que pode tratar as diversas situações individuais de distintas maneiras, dependendo de como cada uma se insere na situação global.

A cindibilidade ou divisibilidade dos interesses/direitos acidentalmente coletivos não se destaca apenas na possibilidade de a norma jurídica concreta decidir de maneira não uniforme as diversas situações jurídicas individuais que compõem a lide. O grande diferencial reside no fato de que a decisão judicial proferida em ação de tutela individual sobre uma situação jurídica individual, dada a absoluta autonomia das diversas situações jurídicas que compõem a situação global nos direitos acidentalmente coletivos, restringe-se ao patrimônio jurídico das partes, não alterando a situação jurídica das outras pessoas que tenham direitos assemelhados àquele defendido individualmente.

A cindibilidade da decisão no mesmo processo, portanto, não é o único ponto de referência, mas a absoluta cindibilidade ou divisibilidade dos interesses/direitos individuais que, olhados do enfoque da tutela coletiva, podem se defendidos coletivamente, mas,

permitem, também, a defesa individual, *sem que esta altere a situação dos demais titulares de interesses/direitos individuais*.

A divisibilidade ou cindibilidade dos interesses/direitos acidentalmente coletivos se caracteriza pela possibilidade de decisão não uniforme sobre as diversas situações jurídicas individuais, no mesmo processo ou em processos distintos, sem que esta situação produza uma contradição, do ponto de vista prático, ainda que eventualmente isto ocorra do ponto de vista lógico, na medida em que o sistema jurídico admite contradições lógicas para preservar sua integridade, como já foi esclarecido anteriormente.

Imagine-se, por exemplo, uma situação em que servidores ingressam no serviço público na mesma data e com o mesmo estatuto funcional. Passados alguns anos, este estatuto sofre alteração que causa prejuízo na situação funcional daqueles servidores. Pergunta-se: 1) Pode um servidor pleitear individualmente a tutela de direito que entende possuir? 2) Fazendo-o e havendo sucesso na causa, esta alteração em sua situação jurídica individual ficará restrita ao seu patrimônio pessoal, isto é, não produzirá, do ponto de vista prático, alteração na situação individual dos demais? 3) Poderá ocorrer que outro servidor ingresse com outra ação e veja rejeitada sua pretensão? 4) Esta rejeição é contraditória do ponto de vista lógico com o acolhimento da pretensão daquele primeiro servidor, mas há contradição prática que impeça a execução de ambas as sentenças? 5) É possível a tutela coletiva dos direitos individuais de todos os servidores?

A resposta à primeira pergunta será sempre afirmativa em razão do direito fundamental de acesso à justiça garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (ainda que se cuide de direito essencialmente coletivo defendido individualmente³⁷). A segunda pergunta deve ser respondida afirmativamente em razão da absoluta autonomia da situação jurídica individual do servidor em relação às situações jurídicas individuais dos demais servidores, nada obstante sejam assemelhadas. A terceira resposta é afirmativa em razão do direito fundamental de acesso à Justiça e do princípio do livre con-

³⁷ Sobre o tema "direitos essencialmente coletivos e legitimação de pessoa física" vale conferir as considerações de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, p. 256/257.

vencimento do Juiz. A quarta se divide em duas, há contradição lógica, ao menos para o inexperto desafiado ao sistema jurídico, e não há contradição prática que impeça a execução de ambas as sentenças, a significar que se cuida de direitos acidentalmente coletivos. Por fim, diante do sistema processual pátrio, a resposta à quinta pergunta é afirmativa no sentido de que é possível a defesa coletiva dos direitos individuais dos servidores, sem prejuízo da tutela individual.

Desta forma, ainda que a divisibilidade signifique a possibilidade de decisão não uniforme para todos aqueles que integram o conjunto de substituídos/interessados numa lide coletiva, o *melhor critério* para identificar a natureza da situação global (não-unitária ou unitária) composta por diversos direitos individuais se encontra na resposta à segunda pergunta acima formulada³⁸, que tem por foco o poder de sentença proferida para tutela individual em alterar ou não as demais situações individuais das pessoas que não forem partes no processo, mas integrem aquela situação plurissubjetiva global; em outras palavras, a limitação dos efeitos da sentença de tutela individual ao patrimônio jurídico das partes em razão da autonomia das diversas situações jurídicas individuais que compõem a situação global (divisibilidade que caracteriza os direitos acidentalmente coletivos) ou a extensão, por necessidade prática, dos efeitos da sentença de tutela individual ao patrimônio jurídico das demais pessoas envolvidas na situação global em razão do vínculo da unitariedade que as une (unitariedade que caracteriza os direitos essencialmente coletivos).

Assim, diante de certa situação jurídica plurissubjetiva de dimensão coletiva, se a resposta à segunda pergunta for positiva, cuida-se de interesse/direito acidentalmente coletivo (não-unitários); caso contrário, isto é, resposta negativa, trata-se de interesses/direitos essencialmente coletivos (unitários)³⁹.

³⁸ As demais perguntas servem apenas para esclarecer melhor a questão.

³⁹ A propósito de uma ação individual ter as mesmas conseqüências de uma ação de tutela coletiva, vale verificar o percuciente exame do tema por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que conclui pela identidade prática das duas ações (de tutela individual e de tutela coletiva) em se tratando de direitos essencialmente coletivos, a vista da unitariedade. Negar legitimidade àquele indivíduo que busca tutelar seu direito individual vinculado a outros pela unitariedade seria o mesmo que denegar o acesso à jurisdição. *Ações Coletivas no Direito Comprado e Nacional*, p. 256/257.

A divisibilidade do objeto do litígio (interesses/direitos individuais homogêneos⁴⁰) significa dizer que se trata de litígio em que está envolvida situação plurissubjetiva composta por situações jurídicas individuais e autônomas, embora ligadas pelo vínculo da similitude. Divisibilidade do direito ou do objeto do litígio é sinônimo, portanto, de situação plurissubjetiva constituída de interesses/direitos individuais autônomos e assemelhados, os quais merecem ser tutelados coletivamente em razão de suas semelhanças e da dimensão social que assumem em vista do grande número de interessados e das graves repercussões da lide na comunidade⁴¹.

A transindividualidade ou plurissubjetividade não é da essência destes interesses/direitos; surge por obra da positivação de sistema de defesa coletiva dos mesmos, daí se falar em *transindividualidade accidental*. Cuida-se de simples técnica processual elaborada para garantir o direito fundamental de acesso à justiça, sem qualquer relação com a natureza em si dos interesses/direitos (como ocorre com os interesses/direitos submetidos ao vínculo da unitariedade.)

Interesse/direito acidentalmente coletivo é, portanto, instituto de direito processual que visa a regular numa só norma jurídica concreta situações jurídicas individuais e autônomas que se vinculam pela similitude e assumem dimensão coletiva em razão do grande número de titulares e das repercussões sociais da lide.

Vale recordar que a extensão da coisa julgada a todos os titulares de direitos individuais que compõe a situação transindividual ou plurissubjetiva não-unitária, embora seja técnica própria das situações globais ou plurissubjetivas unitárias, aplica-se às hipóteses de direitos acidentalmente coletivos por critério de política legislativa. ☐

⁴⁰ O exame dos direitos individuais homogêneos, numa perspectiva do direito positivo, será feita oportunamente; neste momento cabe apenas estabelecer a diferença entre direitos essencialmente e acidentalmente coletivos.

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos". In: **Temas de Direito Processual**, Terceira Série.

"Quatro Casamentos e Dois Funerais" Alguns Aspectos das Sociedades Empresárias no Novo Código Civil Brasileiro

IVALDO C. DE SOUZA

Juiz de Direito (aposentado) do TJ/RJ. Professor de Direito Empresarial da EMERJ, da UNESA e da UNIVER-CIDADE. Pós-graduado em Metodologia do Ensino Superior.

INTRODUÇÃO

Claro que, no título, estou parodiando o do notável filme cômico-romântico **Four Weddings and a Funeral**, de Mike Newell, 1994, com a expressiva e fascinante Andie Mac Dowell e com o talentoso e espontâneo Hugh Grant, com direito a "pontinhas" do ótimo Rowan Atkinson (o "Mr. Bean").

É que, no trato das antigas sociedades comerciais, o novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10.1.2002) disciplinou as atuais sociedades empresárias promovendo, pelo menos, quatro excelentes uniões de pontos-de-vista do velho Código Comercial de 1850 ou da jurisprudência prevalente, com o novo diploma, a par de dois tristíssimos funerais.

Não sou mórbido, mas prefiro começar pelos funerais, por utilidade didática.

PRIMEIRO FUNERAL: O DAS NOSSAS ILUSÕES

Doloroso, lamentoso, grave: o primeiro funeral foi o das nossas ilusões e esperanças de que o novo Código Civil viesse a acertar

e corrigir incorreções e desacertos do velho Dec. nº. 3.708 de 10.1.1919, que regia as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Ao longo de mais de 80 anos de vigência, praticamente sustentado, não por seu texto curto, incompleto e confuso, mas pela jurisprudência de nossos tribunais - que sempre procurava preservar aquela que é a mais encontrada e corriqueira das formas societárias negociais - o citado Dec. 3.708, mal ou bem, vinha prestando seus serviços.

Relegando e afastando excelente Projeto de Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, elaborado e conduzido pelo eminente e competente Professor Jorge Lobo, o novo Código Civil preferiu partir para uma clara filosofia: a de querer transformar as sociedades por quotas na "sociedade anônima dos pobres", como já o disséramos em nosso **Manual das Sociedades Anônimas** (ed. Freitas Bastos, 1ª ed. 2005).

Disso resultou incrível infelicidade e até ridicularia.

Tomando, como base, a "Fonte: Juntas Comerciais" para o período 1985-2001, o número de sociedades por quotas de responsabilidade limitada somava 3.832.178.

Não há - seguramente não há - em todo o Brasil - 38.000 sociedades desse tipo jurídico com mais de 5 sócios. A maioria esmagadora dessas sociedades é composta de apenas 2 ou 3 sócios. Ou seja, cerca de apenas 1% do total. Admitamos, contudo, só para argumentar, que existam 38.000, num universo de 3.800.000. Pois bem, foi para esse insignificante 1% que o legislador civil dedicou praticamente toda a nova disciplina dessas sociedades.

Aumentou desnecessariamente o número de artigos do Código e descambou para a ridícula criação de "Assembléias Gerais", "Conselhos Fiscais", "Aumentos e reduções de capital", e até para contemplar "sócios minoritários" ...isso, com apenas 2 ou 3 sócios cotistas em cada sociedade.

Sim, é verdade que as Assembléias Gerais só serão obrigatórias quando houver mais de 10 sócios (§ 1º do art.1072), mas na maioria dos casos, os sócios resolvem suas pendências cortando o pão e a mortadela no balcão da padaria, ou separando as "coman-

das" do restaurante, ou arrumando as caixas de calçados na sapataria. Enquanto trabalham, conversam e se acertam. Gastar dezenas de artigos para regular a convocação das Assembléias, instituir os Conselhos Fiscais, reger sua representação e a remuneração de seus membros roça pelo risível. Sem quebra de respeito, fizemos a insólita reprodução de uma conversa entre os dois únicos sócios cotistas. Diz um: "este mês, eu serei a Assembléia Geral e tu serás o Conselho Fiscal". O outro retruca: "Mês que vem, nós trocamos e tu serás o Conselho e eu a Assembléia".

Já de plano, o novo Código Civil resolveu quebrar a tradição, quase centenária, da denominação da sociedade. E, ao invés de manter a clássica "sociedade por quotas de responsabilidade limitada" - até porque o art. 1.055 viria a consagrá-las - partiu para o seco e inadequado verbete "sociedade limitada", como se ela fosse a única limitada no direito brasileiro. Esqueceu-se o legislador de que a S.A. também é limitada. Na SQRL, o limite da responsabilidade de cada sócio é restrito ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social (art.1.052). Nas sociedades anônimas, a responsabilidade do sócio ou acionista limita-se ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (Lei nº 6.404 de 15.12.76, art. 1º).

Quando da edição do novo Código, chegamos a admitir, inicialmente, que o legislador houvesse criado um novel modelo societário, embora em arremedo à S.A. - até plagiando os poderes desta: a Administração (art. 1.060 e segs.) na linha da Diretoria da S.A. (art.143 e segs. da Lei nº. 6.404/76); as Assembléias (art.1.072 e segs.), o Conselho Fiscal (arts.1.066 e segs.) e as Deliberações dos Sócios (arts.1.071 e segs.) - todos seguindo as pegadas das Assembléias Gerais (arts. 121 e segs. da Lei das S.A.), do Conselho Fiscal destas (arts. 161 e segs.) - e até do **board** (arts.142 e segs. da citada lei acionária). Pensamos até, ingenuamente, que esse novo tipo "sociedade limitada" não extinguiria a velha "sociedade por quotas de responsabilidade limitada", que continuaria vivendo - até porque o Dec. 3.708 não fora expressamente revogado pelo novo Código.

Lendo, todavia, pareceres e ouvindo interpretações autênticas, deparamo-nos com a realmente triste conclusão: por revogação tácita, morrera a velha SQRL.

E com ela, morriam também nossas esperanças de melhora do sistema quotitário¹ da vida negocial brasileira.

Ao fundo, a 3ª Sinfonia, em mi bemol Maior, op. 55, de Beethoven, soava seu segundo movimento, a Marcha Fúnebre. Afinal, era o 1º funeral.

O SEGUNDO FUNERAL

O segundo funeral é o da finada "sociedade de capital e indústria", prevista nos arts. 317 a 324 do Velho Código Comercial de 1850 - e não reproduzida no sistema do novo Código Civil Brasileiro.

A denominação da sociedade iludia, à primeira vista. Quando se falava em "capital e indústria", a primeira impressão é de que se tratava de uma empresa de alto porte, reunindo fortes capitais e sólidas indústrias. Nada disso. O tipo era modesto e associava, de um lado, quem tinha dinheiro mas não tinha habilidades, com quem tinha habilidades mas não tinha dinheiro. Muitos sapateiros montavam suas banquetinhas na entrada de sobrados, para consertar saltinhos, pôr meias-solas e ajeitar bolsas e mochilas, enquanto o sócio "capitalista" pagava o aluguel e as despesas com couros, cordões, estiletos e colas. O que faz, é o sócio "de indústria"; o que custeia, é o sócio "capitalista".

Fran Martins, De Plácido e Silva, Rubens Requião, Walter T. Álvares, Pedro Barbosa Pereira, Hernani Estrella e Waldirio Bulgarelli nos ensinaram que a sociedade se formava com duas ou mais pessoas, contribuindo uma ou algumas para a formação do capital social e outras concorrendo apenas com seu trabalho, habilidades ou artesanato. Somente os códigos do Brasil, Argentina, Uruguai e

¹ Claro que inventei a palavra "quotitário", com o sentido de "atínente ou referente a quota". Mas e daí? Também não inventaram essa incrível "litigância"? Litigância não existe, como palavra dicionarizada. Quem litiga é litigante, aquele que exerce o "litígio", nunca uma "litigância": a palavra é "litígio". Mas "colou". A língua portuguesa, que sempre foi riquíssima, tem sido ainda mais "enriquecida", não apenas por neologismos, como também por traduções extravagantes, para o que contribui a mídia despreparada. A região britânica de "Corn Wall" foi traduzida como "Cornualha" (Deus nos livre); a República de Cameroun virou "Camarões". E ainda o Santo Padre o Papa, o cardeal Joseph Ratzinger que, ele mesmo, se intitulou "Benedetto XVI", na língua do Vaticano, ou "Benedictus" em latim, ou "Benedikt" em alemão, ou "Benedict" em inglês - vê seu nome ser trapaceado para "Bento" =, ao invés do óbvio "Benedito", numa inescusável manifestação preconceituosa - já que, no Brasil, Benedito é nome de preto. "Benedetto" vem de "Benedictus", p.p. do verbo "bene dicere", "aquele de quem se diz o bem", bondoso, digno, honesto, bem quisto. "Bento" é aquele ou aquilo que recebeu uma bênção, o que foi abençoado - o que é algo diferente.

Paraguai a admitiam, nomeando-se no Uruguai e Argentina, como "habilitaciones", pois havia os que achavam que tudo se resumia a um contrato de trabalho, uma relação empregatícia, sendo o sócio de indústria um mero locador de serviços. Mas havia uma clara diferença, uma vez que o sócio de indústria não recebia um salário, mas uma parte dos lucros, a título de sócio.

A sociedade se caracterizava, ainda, por ser a única em que, fugindo à regra geral, um sócio (o de indústria) só participava dos lucros, não participando das perdas. Carvalho de Mendonça a encarava como "construção híbrida e esdrúxula" - quando, na verdade, esdrúxula e extravagante sempre foi a sociedade em conta de participação - muito mais um contrato do que mesmo uma sociedade.

Sociedade modesta, útil e simpática, foi, contudo, descartada pelo novo Código Civil Brasileiro, que preferiu integrá-la à sociedade simples. Foi suprimida, morreu - e choremos por ela.

Mas a teratológica sociedade em conta de participação continua, firme e forte.

O PRIMEIRO CASAMENTO

O primeiro belo casamento nos é propiciado pelo art. 1.027 do NCC.

Quando de nosso longo exercício pleno na 9ª Vara de Família da Comarca da Capital, tivemos ocasiões várias de ver surpreendentes movimentos de *desperate housewives*: mulheres separadas de maridos sócios de sociedades mercantis promoviam ou tentavam promover a destruição de sociedades empresárias, provocando sua dissolução, só para garantir sua pensão alimentícia ou seu quinhão na separação de bens. Dissolvida a sociedade, passavam à fase subsequente da liquidação da quota para obtenção de seu interesse particular - pouco importando que isso destroçasse a empresa, um pólo econômico gerador de negócios, de empregos, de serviços à sociedade e recolhimento de tributos.

Ignoravam solenemente o que dispunha o art. 292, 1ª parte, do velho Código Comercial, então vigente, que dispunha claramente: "o credor particular de um sócio só pode executar os *fundos líquidos*

que o devedor possuir na companhia ou sociedade, não tendo este outros bens desembargados, ou se, depois de executados, os que tiver não forem suficientes para o pagamento". (grifos nossos).

Ou seja, ao invés de executar e colher os lucros gerados pelas quotas sociais, sacudiam a sociedade inteira - matando mosquitos com tiros de canhão. A regra acabou sendo encampada pelo art. 1.026 do novo Código Civil. *Verbis*: "O credor particular do sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em "liquidação".

Sempre repudiamos e indeferíamos essas postulações, até porque estavam, como estão, em vigor os arts. 732/735 do Código de Processo Civil, reguladores da execução específica de alimentos.

Mas, por vezes, elas prosperavam, com êxito na jurisprudência.

Agora, o art.1.027 do NCC corta a pretensão, engajando-se na corrente lógica e equilibrada da interpretação social da lei e do contrato, estabelecendo que "o cônjuge do que se separou judicialmente" (do sócio), "não pode exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade".

Ricardo Fiúza (**Novo Cód. Civil Comentado**, art. 1.027, Saraiva) observa com segurança teleológica: "A partilha em questão não poderá ter como objeto as quotas detidas pelo sócio na sociedade, mas apenas o direito à percepção dos lucros que ao sócio... separado tocariam e que seriam distribuídos a cada ano, se positivo o resultado social". "No caso de a sociedade entrar em processo de liquidação, então... nessa hipótese, terão eles direito à participação nos bens sociais que remanescerem e forem distribuídos ou divididos na liquidação".

O art. 1.043 do NCC, na disciplina geral das sociedades simples, fica nessa mesma linha lógica de solução.

Isso, sem se falar que sempre entendemos que, constituída a sociedade, a quota com que contribui o sócio passava a pertencer à *sociedade*, integrando seu capital social, não podendo obviamente

sofrer penhora ou constrações pelo credor particular do sócio, pelo fato de a sociedade ser terceira na relação "credor-sócio". A essa nossa tese, todavia, opunha-se a maioria da jurisprudência.

SEGUNDO CASAMENTO

Dispõe o art. 1.015 do NCC, dentro do tema "a administração" da sociedade simples, norma que se insere naquelas de caráter genérico para todas as outras sociedades, à falta de determinação específica: "Art. 1.015 -... Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: ... III. tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade."

O novo Código Civil, em casamento feliz, resolve adotar a famosa teoria do ato *ultra vires societatis*, que Rubens Requião (**Aspectos modernos de D. Comercial**, II, Saraiva) já divulgava em 1980 e que, resumidamente, implicava em analisar, quanto ao seu objeto, os atos das sociedades empresárias. Atos que fugissem a esse objeto, ou que o ultrapassassem, seriam válidos, nulos ou anuláveis? Costumo tratar do assunto, em aula, colocando a seguinte hipótese: "Você vai a uma loja de artigos masculinos para comprar uma camisa social e o lojista vende a você uma lancha". E daí? Se a lancha mostrar defeitos, poderá a sociedade ser acionada?

Não é, absolutamente, usual que o cliente, ao operar a compra, numa loja comercial, solicite ao vendedor cópia de seu contrato social, para conferir seu objeto de atividades. Isso não existe, é inusitado e impraticável. E então?

É útil nos reportarmos ao art. 47 do NCC, que diz: "Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo". Ou seja, a sociedade só ficará obrigada perante terceiros pelos atos praticados nos limites dos poderes do administrador, definidos no contrato social ou estatuto.

Vale dizer, o que se analisa, nesses dispositivos, é se o ato praticado por administrador, fora ou além de seus poderes na empresa, obrigará - ou não - a própria sociedade.

Analisando o tema, os eméritos Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca (**Comentários à Lei de S.A.**) observam que a doutrina, no

direito inglês, é rigidamente ortodoxa. Lá, o princípio é o de que os atos *ultra vires* serão nulos, já que a ineficácia residia na própria incapacidade da sociedade. Discutiram, também, como já fora proposto doutrinariamente, que se devesse abandonar a presunção do absoluto conhecimento, por parte de terceiros, do contrato social. O direito americano partiu para a tutela ampla do terceiro de boa-fé.

Segundo aqueles notáveis autores, a eventual nulidade do ato *ultra vires* não exime o *administrador* do ilícito.

A sociedade só pode opor o excesso dos administradores a terceiros se a operação for "evidentemente estranha aos negócios da sociedade" (ver inciso III do parágrafo único do art. 1.015 do NCC).

Nosso Código adotou, portanto, a tese da presunção de que, sendo a operação *evidentemente* estranha, seria do conhecimento óbvio do terceiro, não gerando, pois responsabilidade civil da sociedade - mas somente a responsabilidade pessoal do administrador que extrapolou.

TERCEIRO CASAMENTO

As terceiras núpcias do novo Código com as melhores tendências revela-se pela adoção, pelo códex, de antiga orientação do STF no que concerne à questão de poderem, ou não, marido e mulher constituir sociedade empresária.

Na excelente resenha de Alberto João Zortéa, ao tempo da vigência do velho Código Comercial de 1.850, quatro teses se expunham - todas para proibir o conúbio mercantil onde já houvera matrimônio.

Resumidamente, eram estas:

(a) em face do art.1º, nº 4 do velho Código Comercial, a sociedade mercantil dos cônjuges era inadmissível porque as mulheres casadas, maiores de 18 anos, só com autorização do marido poderiam comerciar. Antonio Pereira Braga opunha a seguinte contestação: o que o Código Comercial proíbe é o comércio da mulher por conta própria; se ela está com o marido, numa sociedade comercial, é óbvio e palmar que ele já a estava autorizando.

(b) sociedade já existe entre marido e mulher; a sociedade comercial entre eles seria uma superfectação, uma sociedade por

cima de outra, "chover no molhado". O argumento contrário que se formulava era o de que a sociedade comercial (pessoa jurídica) não pode se confundir com a sociedade conjugal (base da família) - que nem é pessoa jurídica, apesar de estudos de Nipperdey, *in* Washington de Barros Monteiro, **Curso de Direito Civil, Direito de Família**, proclamarem que a família é uma entidade própria e que o direito de família deveria destacar-se do Direito Civil, formando um código de regras próprias e peculiares.

(c) essa terceira corrente (que é por mim sempre enfatizada em aula para provocar a reação justa e exacerbada das alunas), simplesmente sustenta, *tout court*, que "o homem tem ascendência sobre a mulher; a sociedade entre eles quebraria o princípio, porque o homem não pode se equiparar a quem lhe é inferior"...

Sem comentários. Não percamos tempo com essa tolice insustentável.

(d) a 4ª e última corrente, adotada pelo STF em velhíssimo Acórdão, sustentava que a sociedade mercantil entre cônjuges seria lícita desde que não importasse na alteração do regime de bens adotado, que poderia, assim, ser fraudado.

Hernani Estrella já se referia a essa "velha parlenga", estruturando que, além dessa linha de pensamento do STF, duas outras se digladiavam: uma, sustentando a nulidade absoluta da sociedade comercial, principalmente se o regime era comum; outra, admitindo a permissão completa, já que não havia lei alguma proibindo. A posição de nossa Junta Comercial sempre foi radicalmente contrária, sustentando que "uma sociedade comercial entre esses cônjuges equivaleria, ao cabo de contas, a formar uma sociedade com uma única pessoa, o que é inadmissível" (Ver Processo 17.828/77, Lojas Sayonara Ltda., 5ª Turma da JUCERJA).

Na prática, utilizando o célebre "jeitinho" brasileiro, marido e mulher que queriam fazer sociedade mercantil entre eles, atribuíam 49% das cotas para cada um dos cônjuges e reservavam 2% para um amigo do casal, geralmente o compadre, com o que a sociedade passava a ser composta de 3 membros e não apenas os dois do casal - e isto a Junta permitia...

O IAB (Instituto dos Advogados do Brasil) chegou a emitir parecer sobre o assunto, propugnando que fosse permitida tal sociedade de cônjuges, ante a inexistência de qualquer regra proibitiva.

Constava que a oposição a essa sociedade apoiava-se no risco a que se exporiam os filhos do casal, comprometendo-se seus bens em caso de mau êxito dos negócios comerciais.

O NCC adotou a prudente linha de que "faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens" (art. 1.667), "ou no de separação obrigatória" (art. 1.641).

Ou seja, é permitida nos regimes de comunhão parcial, art. 1.658; participação final nos aquestos, art. 1.672; e separação total contratual, art.1.687.

Hoje, ademais, o NCC permite a alteração do regime - o que antes era inalterável e imutável no sistema do velho Código Civil de 1916 (art. 1.639, § 2º).

A jurisprudência de nosso TJ/RJ já registra, todavia, discrepância quando a alteração se referir a matrimônios celebrados na vigência do velho Código de 1916 (possível a alteração, Ac. 7ª Câmara Cível, Apelação 2006.001.25625, Rel. Desa. Maria Henriqueta Lobo; impossível a alteração, Ac. 1ª Câmara Cível, Apel. nº 4.108/2005, Rel. Desa. Maria Augusta Vaz).

O QUARTO E ÚLTIMO CASAMENTO

Temos, aqui, outra excelente absorção, pelo novo Código Civil, de velha controvérsia, adotando excelente linha decisória. É o que se vê do art. 1.147, na questão que se convencionou chamar de "cessão de clientela".

Negociado que seja um estabelecimento comercial, a freguesia é certamente elemento que o vendedor não transfere verdadeiramente ao comprador, pois não poderia obrigá-la a continuar com o novo adquirente. Freguesia não é gado.

Pela venda, o vendedor tem que fazer boa a coisa vendida, sem inquietar o comprador na posse e domínio, era o que diziam os arts. 214 e 215 do velho Código Comercial. Não pode, assim, o alienante fazer concorrência ao adquirente, reabrindo estabeleci-

mento análogo no lugar do negócio vendido - fixando-se um raio de ação ou limitação no tempo (não localização na mesma rua, ou no mesmo bairro, ou quarteirão, ou cidade, por certo número de meses ou de anos) - mas com cuidados e zelos tais que, sendo muito amplos ou absolutos, pudessem desrespeitar o princípio da liberdade de comércio.

A maioria dos autores que trataram do assunto - destacando-se Sampaio Lacerda e Cunha Peixoto - sempre lembram o caso célebre da venda feita pelo Conde Penteado de uma fábrica de tecidos à Cia. Tecidos de Juta, instalando, depois, com o produto da venda, outra fábrica para o mesmo fim com as máquinas mais modernas que comprara.

Invocando violação do contrato, com desvio de clientela, através de propaganda feita pelo Conde Penteado em todo país, a Cia. de Juta, tendo como advogado Carvalho de Mendonça, propôs ação responsabilizando-o, mas perdeu em 1ª instância. Recorreu e o STF reformou a decisão. Embargando o Acórdão, o Conde (tendo como patrono Ruy Barbosa), sob o fundamento da inexistência de cláusula proibitiva, obteve a reforma do aresto.

Conta-se que, excepcionalmente, o STF concedeu a Ruy Barbosa mais prazo para arrazoar, tendo em vista sua expressão jurídica grandiosa.

Eram três as correntes a respeito do tema: 1ª - o vendedor tem ampla liberdade quando não haja cláusula proibitiva; 2ª - princípio oposto: o transmitente perturbaria o gozo da coisa, sendo sua obrigação inata abster-se de desviar a clientela (Thaller, Vivante, Carvalho de Mendonça); 3ª - o transmitente poderá se estabelecer após certo tempo em zonas diferentes - impondo-se, pois, cláusula contratual negativa (obrigação de não-fazer) ao transmitente - mas nunca cessão de freguesia, que não pode ser objeto de contrato: abstenção limitada, no tempo e no espaço, do exercício do mesmo ramo de comércio objeto da transferência.

Episódio relativamente recente deu exemplo disso. No ano de 2000, por ocasião da venda do Banco Real ao holandês ABN-AMRO, o banqueiro Aloysio Faria, seu dono, obrigou-se a não voltar ao varejo com o Banco Alpha, resultado da reformulação de seu antigo Banco Real de Investimentos, para não competir com o comprador.

O Código Civil de 2002, neste feliz matrimônio, ligou-se à tese, estabelecendo no art. 1.147: "Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência".

CONCLUSÃO

Amável leitor: conluída a leitura destas mal traçadas linhas, não lhe resta outra coisa senão correr à locadora mais próxima e alugar o filme do Hugh Grant. É muito melhor.☐

Aspectos Polêmicos da Nova Lei de Falências

Mônica Gusmão

Professora de Direito Empresarial da EMERJ, dos cursos de Graduação e Pós-graduação da UCAM, UERJ e UNESA, da EMATRA, da AMPERJ e da FESUDEPERJ. Vice-Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da EMERJ.

1. INTRODUÇÃO

É compreensível que toda lei nova traga certo *desassossego* ao *sistema jurídico*. O novo inquieta. Com o tempo a jurisprudência aplaina o *desconforto* e mostra que a *antinomia* a mais das vezes é apenas aparente. Com uma lei da importância da nº 11.101/2005 não foi diferente. Diversas críticas brotaram ainda na sua *vacatio*, notadamente em relação à *redação* dos *institutos vitais* para a compreensão do moderno *direito de empresa*. A distribuição *topográfica* das matérias no novo texto também não foi poupada.

Grande parte do rebuliço doutrinário decorreu da declarada intenção da lei de *preservar* a empresa e sua *função social*, e não apenas *punir o empresário devedor*, como até então era da *cultura do foro*. Partindo dessa premissa - verdadeira, por sinal -, a maioria da doutrina deu de afirmar que a Lei nº 11.101/2005 tem por únicos princípios a *recuperação* e a *preservação da empresa*, parecendo ver nisso um fim em si mesmo. De fato, o endereço da lei é a *recuperação* e a *função social* da empresa, mas não é só isso, ou nem é isso, fundamentalmente. É indubitável que a nova lei traz inúmeros mecanismos para que a empresa - assim entendida a atividade econômica organizada - possa superar *eventual* e *transitória* crise eco-

nômica e financeira, mas, seduzidos por esses altos propósitos legislativos, muitos vêem no princípio da preservação das empresas e de sua função social um valor absoluto. Para esses, *toda* empresa deve ser recuperada a *qualquer* custo. Não é bem assim. Preserva-se a empresa que *possa* e *deva* ser preservada, e essa seleção implica um juízo de valor *a priori*. Para manter o equilíbrio social, econômico e político, indiscutivelmente é dever do Estado incentivar e empenhar-se em preservar as empresas, fontes geradoras de tributos e de empregos. Ninguém nega que o *fiasco* de uma empresa produz *efeitos danosos* na sociedade onde atua, mas a aplicação indiscriminada do princípio da *preservação* acabaria por permitir que a continuação de uma empresa *economicamente inviável* trouxesse prejuízos que refletiriam de forma desastrosa na coletividade, gerando instabilidade em vez de harmonia social. Ou seja: produziria no mercado todos os efeitos maléficos que se queriam evitar.

O legislador emprestou um *novo perfil à falência*. Exemplo disso está no mecanismo de *satisfação dos credores*. Diferentemente do que estava no decreto revogado, a *liquidação* mereceu uma releitura, pois o *propósito principal* da nova lei é a satisfação mais *célere* e *eficaz* dos credores com mecanismos que permitam a alienação de toda a unidade produtiva a fim de preservá-la - *princípio da maximização ou da valoração do ativo*. Outra coisa: não mais se admite a recuperação do devedor que teve a sua falência decretada, diferentemente do que ocorria na vigência do DL. nº 7.661/45, que admitia a recuperação por meio da *concordata suspensiva*.

Este trabalho não padece da veleidade de ter resposta pronta para todos os sobressaltos surgidos com a nova lei. Quer, apenas, trazê-los à cena das discussões proveitosas.

2. A FALÊNCIA COMO MEIO DE COBRANÇA

Na constância do DL. nº 7.661/45, a ameaça da quebra era normalmente usada como *forma de constranger* o devedor a saldar a dívida. A *falência* como *meio de cobrança* era praxe perniciososa que desnaturava a *ratio* da lei. Para pôr fim a essa prática desleal e evitar que a falência continuasse sendo utilizada como meio espú-

rio de cobrança pelos credores, a Lei nº 11.101/2005 impôs um mínimo para legitimar o requerimento de quebra *fundado na impontualidade*. No regime antigo, em vez de utilizarem-se de ação própria, os titulares de *créditos inexpressivos* punham as empresas em risco valendo-se dos pedidos de falência como meio *coativo de cobrança*. Na maioria das vezes, o devedor empresário via-se obrigado ao *depósito elisivo* como única forma de evitar a bancarrota¹, sem ao menos responder à pretensão do suposto credor. Alguns tímidos mas respeitados julgados decidiam pela falta de interesse do credor, opondo como fundamento a *inadequação* do meio eleito para satisfação do crédito, somando a essa razão de decidir os princípios da *menor onerosidade* para o devedor, o da *função social* e o da *preservação da empresa*². O novo diploma legal minimizou o problema, reduzindo expressivamente os requerimentos de falência o que traduz avanço para a economia e para o próprio judiciário.

Atualmente, o titular de crédito superior a *quarenta salários mínimos*³ ainda pode optar pelo requerimento de falência, em vez de executá-lo, sem falar na possibilidade de unir-se a outros credores para a comprovação do mínimo legal exigido⁴. Particularmente, *não endossamos* a tese de que o credor pode aproveitar *protesto* levado a efeito por terceiro - *protesto emprestado* - para completar o valor do seu crédito. Se seu crédito é inferior a quarenta salários mínimos, pode executá-lo individualmente, ou em *litisconsórcio*.

3. EFETIVIDADE DA GARANTIA DO JUÍZO

A nova lei admite⁵ requerimento de falência do executado, *se empresário*, que, no prazo legal, não paga, não deposita ou não nomeia bens suficientes à penhora no prazo legal (execução frustra-

¹ Lei nº 11.101/05, art. 98, parágrafo único.

² TJRJ, ApCív 2003.001.25143, Rel. Des. Maria Christina Góes, j. 01/03/2005 - e TJMG, ApCív 1.0024.05.702152-9/001, Rel. Des. Vanessa Verolim Hudson Andrade, j. 7/2/2006.

³ Lei nº 11.101/2005, art. 94, I.

⁴ Lei nº 11.101/2005, art. 94, parágrafo único.

⁵ Lei nº 11.101/05, art. 94, II.

da). A *inovação* consiste em que, no DL. nº 7.661/45, a nomeação de bens, ainda que insuficientes, *não ensejava* requerimento de falência. Agora, não. Não é qualquer nomeação que conta, mas a *nomeação eficiente*. Preocupa-nos esse novo paradigma porque, se o devedor nomear à penhora bens insuficientes para a garantia do débito, esse fato por si tipifica *execução frustrada*. Somos de opinião de que o juízo da execução deve, sempre que possível - e até mesmo no interesse do próprio credor -, amparado nos princípios da *razoabilidade, ponderação de interesses, menor onerosidade, função social e preservação da empresa, eticidade* e outros tantos, evitar essa conseqüência danosa, propiciando ao devedor oportunidade de complementar a penhora caso os bens indicados não cubram o valor do débito, ou possam não despertar interesse em praça.

4. LEGITIMIDADE ATIVA

a) Credor empresário

O art. 9º, III, "a" do revogado DL. nº 7.661/45 impunha ao *credor empresário* a comprovação de sua regularidade, ou seja, inscrição ou arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis de firma (empresário individual) ou contrato ou estatuto sociais (sociedades empresárias). O art. 97, §1º da nova lei repetiu essa exigência ao determinar que o credor, se empresário, comprove a regularidade de suas atividades. *Pergunto*: e o credor não-empresário? Tem de comprovar sua regularidade? *Dito doutro modo*: há necessidade de uma sociedade simples, que não é considerada empresária, comprovar sua regularidade, e ter de exhibir os seus atos constitutivos, devidamente arquivados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas? Teriam legitimidade ativa para o requerimento de quebra de seus devedores as sociedades em comum que não ostentassem condição de empresárias?

Para nós, o art. 97, §1º da Lei nº 11.101/2005 comporta interpretação *extensiva*, que mais se afina com a *mens* geral da nova lei. Se assim não for, estar-se-á dando tratamento desigual a situações idênticas. Se ambos são credores, a regularidade deve ser exigida de ambos, sob pena de se violarem a paridade e a isonomia de tratamento, além de fomentar a irregularidade. *Digo mais*: o Código

Civil impõe tanto ao empresário⁶ como ao não-empresário⁷ a obrigatoriedade do registro de seus atos nos respectivos órgãos competentes.

b) Credor com garantia real

Em regra, o art. 9º, III, "b" do DL. nº 7.661/45 *não conferia* legitimidade ao credor com garantia real para requerer falência de seu devedor, exceto se a ele *renunciasse*, ou provasse que tal garantia *não bastava* para a satisfação do crédito. Assim era porque o credor podia valer-se de ação própria para cobrar o valor devido, faltando-lhe, dessa forma, *interesse*, ou *razoabilidade* no pedido. Era prevalente, também, o princípio da *preservação das empresas*. Se esse credor optasse pelo pedido de quebra, perderia sua posição privilegiada e concorreria com os demais na condição de *quirografário*.

O art. 97, IV da nova Lei de Falências estende essa legitimidade a qualquer credor, e *não impõe* nenhuma renúncia à garantia real sobre o crédito. A questão não é pacífica. Há quem sustente a legitimidade do credor com garantia real para o requerimento de quebra sem necessidade da renúncia à sua garantia. Se a *mens legis* fosse a de manter a restrição anterior, a renúncia obrigatória seria mantida, pois não se pode impor ao credor renúncia que não está na lei, nem se admitir renúncia implícita. *Divergimos*. Ainda que a Lei de Falências *não tenha mantido* a restrição anterior, o pedido de falência por credor com garantia real somente pode ser admitido com a efetiva renúncia à garantia (ainda que tácita), ou prova de que tal garantia não basta para a satisfação do crédito. É conveniente ressaltar que, para nós, o óbice ao requerimento não se dá pela ilegitimidade do credor, mas por sua total falta de interesse, já que tem à sua disposição meios próprios para cobrança de seu crédito. Não é razoável permitir que se onere e puna em demasia o devedor e a coletividade como um todo com o decreto de quebra. Haveria autêntico *bis in idem*.

⁶ CC/2002, art. 967.

⁷ CC/2002, art. 998.

Da mesma forma, merece destaque a previsão do art. 68, §3º, "c" da Lei nº 6.404/76, que legitima o *agente fiduciário* dos *debenturistas a requerer a falência* da companhia, salvo se não existirem *garantias reais*. Os mesmos argumentos valem aqui: o *agente fiduciário* dos *debenturistas não tem interesse* para o requerimento de falência da companhia, se representante da comunhão de *debenturistas com garantia real*.

c) Credor titular de crédito vincendo

O art. 9º, III do DL. nº 7.661/45 legitimava o titular de crédito, ainda que não vencido, a requerer a falência do devedor. A questão era polêmica. Para alguns, prevalecia a interpretação literal da lei, ou seja, o titular de crédito *vincendo* poderia requerer a falência do devedor tanto com fundamento na prática de atos de falência quanto na de impontualidade, valendo-se, na última hipótese, do protesto levado a efeito por terceiro⁸. Sempre defendemos *interpretação restritiva* desse artigo. Admitíamos o requerimento de falência do devedor apenas na hipótese de prática de eventual *ato de falência*. Solução inversa implicaria indefensável contrasenso: titular de *crédito* que ainda *não venceu* poderia cobrá-lo com a comprovação da *impontualidade* do *devedor* com *outro credor*, exigindo-se, apenas, certidão de protesto comprobatória *daquela outra impontualidade*. Tínhamos a seguinte situação: credor de crédito a vencer daqui a três anos, por exemplo, provava a impontualidade do devedor com a certidão de protesto tirada por outro credor, acarretando a antecipação do vencimento do crédito mesmo sem ter havido a decretação da falência, caso o devedor optasse pelo depósito elisivo. A Lei nº 11.101/05 confere legitimidade a *qualquer credor*⁹, mas *não repete* a regra anterior, o que reforça a tese que advogávamos: admite-se requerimento de falência apenas por credor titular de *crédito vencido*¹⁰. Acrescento: esse novo dispositivo veio ao encontro do princípio da preservação das empresas.

⁸ "Protesto emprestado" - DL. nº 7.661/45, art. 4º, § 2º.

⁹ Lei nº 11.101/05, art. 97, IV.

¹⁰ Lei nº 11.101/05, art. 94, I. Saliente-se que Fábio Ulhôa Coelho possui entendimento diverso: "Deve-se admitir a legitimação do credor, mesmo que seu título não esteja ainda vencido, mesmo quando o pedido se funda na

d) Ministério Público

O art. 127 da Constituição Federal diz que o Ministério Público é uma *instituição permanente, essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. O art. 129, III da CF/88 dá legitimidade ativa a esse órgão para promover o *inquérito civil e a ação civil pública* para a proteção do *patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*. O art. 3º dessa lei define o *objeto da ação civil pública*: a *condenação em dinheiro* ou o cumprimento de *obrigação de fazer* ou de *não-fazer*. Julgado procedente o pedido, decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória sem que se promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público¹¹.

No âmbito do *direito do trabalho*, o art. 876 da CLT diz que as decisões passadas em julgado, ou das quais não tenha havido *recurso com efeito suspensivo*, os acordos não cumpridos, os *termos de ajuste de conduta* firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os *termos de conciliação* firmados perante as *Comissões de Conciliação Prévia* serão executados pela forma estabelecida naquele Capítulo¹². Inquestionavelmente, a Justiça do Trabalho é competente para *conhecer e julgar* a execução de *termo de compromisso* (termo de ajuste de conduta) tomado pelo Ministério Público do Trabalho com amparo nos arts. 114 e 129, III da CF/88, combinado com os arts. 83, III da LC nº 75/93, §§ 5º e 6º da Lei nº 7.347/85 e 585, II do Código de Processo Civil. Pode o Ministério Público, pelo inquérito civil público, apurar a denúncia recebida e convocar o indiciado para assinar o *termo de compromisso de adequação de conduta* (TAC). Esse termo tem força de *título executivo extrajudicial*¹³ e pode

impontualidade injustificada ou na execução frustrada, desde que estas tenham ocorrido em relação a título executivo de outro credor. O direito falimentar está atento aos interesses dos que não podem exigir o pagamento de seus créditos, porque ainda em curso o prazo de vencimento da obrigação, mas que presenciam a deterioração da situação econômica e patrimonial da sociedade empresária devedora. Se devessem aguardar o vencimento do título, para somente então se legitimarem ao pedido de falência, poderia ser tarde demais para a tutela dos seus direitos" (Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 266-267).

¹¹ Art. 15.

¹² Capítulo V, Seção I.

¹³ Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 6º.

ser executado diretamente pelo Ministério Público. Por outro lado, diz a lei de quebra que o requerimento de falência se pode fundar:

I - na *impontualidade*, caracterizada pelo *não-pagamento*, no prazo contratado, de *obrigação líquida* superior a quarenta salários mínimos¹⁴.

II - na *execução frustrada*, em que o executado, no *prazo legal*, não paga a *quantia devida*, não a deposita ou nomeia à penhora *bens insuficientes*¹⁵.

III - prática de *atos de falência*¹⁶.

Em regra, o representante do Ministério Público atua na falência na condição de *custos legis*. Concluímos, contudo, pela *legitimidade ativa* do representante do Ministério Público para *requerimento da falência do devedor empresário* nas hipóteses legais que o autorizam a promover *execução singular*. Se a falência, para grande maioria da doutrina, tem natureza de *execução coletiva*, não é absurda a tese de que o Ministério Público esteja autorizado a pedir a *quebra do devedor empresário* com fundamento na *impontualidade* e na *execução frustrada na ação civil pública* e no *termo de ajuste de conduta* (TAC), se legitimado para essas execuções.

5. LEGITIMIDADE PASSIVA

Repetindo a regra do decreto revogado, a lei atual determina que os institutos da *falência* e da *recuperação judicial* somente podem ser aplicados ao devedor *empresário*. Antes de seu advento, tínhamos a figura do *comerciante*, assim entendido aquele que praticava *atos de comércio em caráter habitual, profissional e oneroso*. Adotando a *teoria da empresa*, o conceito de comerciante foi substituído pelo de *empresário*.

O art. 966 do Código Civil diz que *empresário é a pessoa física ou jurídica que exerce atividade economicamente organizada, em caráter profissional, para a produção ou circulação de bens e serviços*. Exclui da condição de *empresário*, no parágrafo único, os

¹⁴ Lei nº 11.101/05, art. 94, I.

¹⁵ Lei nº 11.101/05, art. 94, II.

¹⁶ Lei nº 11.101/05, art. 94, III.

que exercem atividades *intelectuais, científicas, artísticas ou literárias*, salvo se presente o *elemento de empresa*.

a) Empresário emancipado

A possibilidade de o *empresário emancipado aos dezesseis anos* incidir em falência era tema controvertido. O debate girava em torno de duas questões: o art. 3º, II do DL nº 7.661/45 somente conferia *legitimidade passiva* ao comerciante com *mais de dezoito anos*. A outra prendia-se à *impossibilidade* de se impor sanção penal ao empresário emancipado aos 16 anos, se falido, em caso de cometimento de crime falimentar. Há muito admitíamos a possibilidade de falência do empresário emancipado¹⁷. Como prevíamos, a atual lei de falências pôs fim à polêmica. Não há previsão de idade mínima para que o empresário individual incida em falência. Da mesma forma - *quanto à prática de crime previsto na lei de falência pelo empresário emancipado aos 16 anos* - já defendíamos que o art.112, II do Estatuto da Criança e do Adolescente permite à autoridade competente aplicar, *como medida socioeducativa*, a obrigação de o menor reparar o dano, o que se completa pelo disposto no art.116, quando diz que "em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima" e, no seu parágrafo único, que, "havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada"¹⁸.

b) Proibidos do exercício de atividade empresarial

O art. 3º, IV do DL nº 7.661/45 previa a falência dos proibidos de exercer atividade empresarial. Não obstante a vedação da lei, comprovados os requisitos legais, se sujeitavam à quebra. O art. 974 do Código Civil *não admite* o exercício de *atividade empresarial pelos legalmente impedidos* (por exemplo, magistrados, servidores civis da ativa, membros do Poder Legislativo etc.). Não afasta

¹⁷ GUSMÃO, Mônica. *Direito Empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

¹⁸ *Op. et loc. cit.*

sua responsabilidade, contudo, se violarem disposição legal¹⁹. Importante ressaltar que a vedação somente se refere às atividades exercidas pelos *impedidos como empresários individuais*. Nada obsta que componham os quadros de sociedades, desde que não assumam sua administração. A lei de falências é omissa. Para nós, a regra ainda se mantém. Tese contrária fomentaria o exercício irregular da empresa por quem não pode, por direito, exercê-la.

c) Empresário rural

Em regra, o empresário caracteriza-se pelo *exercício de atividade econômica organizada, em caráter profissional e habitual*, e não pelo efetivo registro no órgão competente. A *natureza do registro* é meramente declaratória. Os arts. 971 e 984 do Código Civil *facultam ao empresário rural*, excepcionalmente, optar pela condição de *empresário*, se rural for a principal atividade desenvolvida. O registro da firma individual ou do contrato social no Registro Público de Empresas Mercantis, por sua natureza constitutiva, torna-os *empresários*. Para alguns, o exercício de *atividade agroindustrial* descaracterizaria a condição de rural, pois o simples exercício de atividade industrial já o tornaria empresário, em virtude da própria lei. *Discordamos*. Não será o exercício concomitante da atividade rural e industrial que determinará a condição de empresário, e sim a preponderância da atividade industrial. Emprestamos ao art. 971 do Código Civil interpretação literal: o empresário rural *somente* poderá optar por essa condição se a *principal atividade desenvolvida for rural*. Interpretação a *contrario sensu* leva-nos à seguinte conclusão: o empresário rural não poderá optar por essa condição se a principal atividade não for rural, e sim, industrial, hipótese em que, aí sim, será considerado empresário, independentemente do registro.

d) Sócios com responsabilidade ilimitada

O art. 5º do DL nº 7.661/45 dizia que a falência de sociedade com sócios de responsabilidade *ilimitada* não determinava a *falência pessoal dos sócios*, que sofriam, contudo, os seus *efeitos*, como a

¹⁹ Art. 943.

arrecadação de seus bens, concomitantemente com os da sociedade falida, *vencimento antecipado* de suas *dívidas particulares* etc. A regra confirmava um dos princípios basilares do direito empresarial, de que a pessoa da sociedade *não se confunde* com a de seus sócios. Por outro lado, o princípio da *autonomia patrimonial* determina a *separação* do patrimônio da sociedade do de seus sócios. O *sujeito de direitos é a sociedade*. É ela quem se obriga em nome próprio perante terceiros. O empresário, tal como definindo no art. 966 do Código Civil de 2002, é a sociedade, e não os sócios.

A lei define, expressamente, as hipóteses de ilimitação da responsabilidade dos sócios, como, por exemplo, os arts. 1.015 e 1.016 do Código Civil de 2002 e o art. 158 da Lei nº 6.404/76. Se, por força do tipo societário²⁰, assumirem *responsabilidade ilimitada*, somente responderão pelas dívidas sociais *depois* de exaurido o patrimônio da sociedade. Em resumo: apesar da ilimitação da responsabilidade, os credores sociais devem observar o *benefício de ordem*, em que os bens dos sócios não podem ser atingidos senão depois de atingidos os bens da sociedade²¹.

O art. 81 da lei de falências inova quando diz que a decisão que decreta a falência da sociedade também acarreta a falência dos sócios com *responsabilidade ilimitada*, além de sujeitá-los aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida. A controvérsia é acirrada.

Fábio Ulhoa²² sustenta que

*"...pela nova disciplina, esses sócios terão sua falência decretada **junto** com a sociedade. Note-se que a lei criou aqui uma hipótese de **concurso falimentar** em que o devedor não é necessariamente empresário individual ou sociedade empresária".*

²⁰ Exemplo: sociedade em nome coletivo - CC/2002, art. 1.039.

²¹ Código Civil, arts. 1.023 e 1.024. Verifica-se, entretanto, que o art. 990 do Código Civil, no caso das sociedades em comum, exclui o referido benefício de ordem: "Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade".

²² ULHOA, Fábio. *Comentários à nova Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2005

Para nós, o art. 81 contém uma *contradição*. Vai de encontro ao art. 1º da lei de falências. Os institutos da falência e da recuperação somente podem ser aplicados aos empresários (individuais ou sociedades empresárias). A *mens legis* foi a de excluir os não-empresários, que se sujeitam a regime próprio. O art. 966 do Código Civil diz que empresário é a pessoa natural ou jurídica que exerce em caráter profissional e habitual atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Como é cediço, é o empresário quem exerce a empresa (atividade econômica organizada). Os sócios não são considerados empresários. O art. 981 do Código Civil define sociedade como um contrato celebrado entre duas ou mais pessoas, que se obrigam à partilha dos resultados. A sociedade tem *personalidade jurídica e patrimônio* distintos do dos sócios. A eventual ilimitação de responsabilidade, de acordo com o tipo societário criado, não os torna empresários. Apenas permite que respondam, *subsidiariamente*, pelas obrigações assumidas pela sociedade. Entendimento diverso obriga-nos a negar todos os pilares do direito societário. Sérgio Campinho²³ não esconde nutrir

"...simpatia pela visão de limitar a decretação da falência aos sócios que encarnarem a qualidade de empresário. Para os demais, não haveria propriamente a decretação de suas falências pessoais, mas tão somente a sujeição, fundamentalmente no âmbito patrimonial, aos mesmos efeitos jurídicos produzidos pela sentença em relação à sociedade".

Em parte - e a despeito do proveitoso conselho - discordamos. O autor admite a falência do sócio, desde que empresário. Os não-empresários seriam apanhados pelos efeitos da sentença. Para nós, não há compatibilidade entre os arts. 1º e 81 da lei de falências. Se a lei restringe a falência ao devedor empresário, como admitir sua extensão aos sócios, empresários ou não, apenas pela ilimitação de responsabilidade? Não é razoável.

²³ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

O mote principal da atual lei de falências é a preservação da empresa e de sua *função social* ²⁴. Se se criaram novos mecanismos para preservar e recuperar empresas em crise, como admitir, por exemplo, que uma pessoa (natural ou jurídica), além de compor uma sociedade, e que também exerça atividade empresarial, seja punida pela falência da sociedade que integra, apenas pela circunstância - *ocasional* - de deter responsabilidade ilimitada?

Pergunto: sua atividade pessoal, como empresário, não deve ser também preservada? A lei não pode desprezar a evidência de que tributos e empregos também são gerados pela empresa exercida pelo sócio. Pior: e o sócio que possui responsabilidade ilimitada e sequer exerce atividade empresarial? A interpretação literal do art. 81 levaria ao absurdo de admitir-se a falência do não-empresário quando da quebra da sociedade (essa, empresária) que integra.

Numa palavra:

I - não endossamos a lição de Fábio Ulhoa de que, com a quebra da sociedade empresária, também possam falir os sócios empresários e os não-empresários que tenham responsabilidade ilimitada;

II - endossamos - em parte - a posição de Sérgio Campinho no ponto em que não admite a falência dos sócios não-empresários com responsabilidade ilimitada e naquele em que ensina que esses sócios apenas se sujeitam aos efeitos da sentença. Divergimos, quando advoga que a falência da sociedade pode ensejar a quebra de sócio - desde que empresário - com responsabilidade ilimitada.

III - para nós, apenas a sociedade empresária pode falir. Sócios com responsabilidade ilimitada - empresários ou não - não incidem em falência. Sujeitam-se, contudo, aos efeitos da sentença.

e) Efeitos da falência: suspensão das ações e execuções individuais contra o falido e contra o sócio solidário

O art. 6º da lei de falências determina a suspensão das ações e das execuções individuais em face do falido e do sócio com res-

²⁴ Art. 47.

ponsabilidade ilimitada. A regra tem por fundamento os princípios da *universalidade* e da *indivisibilidade* do *juízo falimentar*. Execuções fiscais não se suspendem²⁵. Há outras exceções. O art. 24,1º do DL nº 7.661/45 dizia, em sua primeira parte, que as execuções individuais ajuizadas em face do devedor, antes do decreto de quebra, deviam prosseguir no juízo de origem se tivessem hasta designada para arrematação dos bens apenhadados. O produto da arrematação era enviado ao juízo falimentar, com habilitação do exeqüente na massa falida para satisfação de seu crédito. Da mesma forma, e com muito mais propriedade, tinham seguimento nos juízos de origem as execuções iniciadas *antes* da falência, em que os bens tivessem sido arrematados ao tempo da quebra. Pagava-se ao exeqüente, e eventual saldo era entregue à massa. O objetivo da execução já se esgotara com a arrematação do bem penhorado, bem como o ato jurídico já se tornara perfeito. O exeqüente tinha à sua disposição o valor total ou parcial de seu crédito. *Não aplaudimos* a lição que manda suspender execuções anteriores à decretação da falência nessas duas hipóteses, para posterior habilitação do credor exeqüente no juízo falimentar, pois a própria lei de falência traz como princípios informadores a *celeridade* e a *economia processual* ²⁶.

f) Sociedades de economia mista

A sociedade de economia mista pode exercer atividade econômica quando necessária à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo²⁷, ser prestadora de serviço público concedido pelo ente federativo titular do serviço ou executar, mediante contrato, atividade econômica monopolizada pela União²⁸. A doutrina majoritária diferencia as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público das que exercem atividade econômica. Antes da nova lei de falências, José dos Santos Carvalho Filho entendia que

²⁵ CTN, art.187.

²⁶ Art. 75.

²⁷ CF/88, art.173.

²⁸ CF/88, art.177.

*"A sujeição ao regime falimentar somente pode atingir as sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica **stricto sensu**, ou seja, de natureza empresarial, porque somente essas são equiparadas às empresas privadas. (...) Tratando-se de sociedade de economia mista que se dedique à prestação de serviços públicos, não incluídas no citado mandamento constitucional, segundo a doutrina prevalente, a insolvência deve regular-se basicamente pelo direito público (...)"*

Quanto à penhora de bens da sociedade de economia mista, José Cretella Júnior diz que

"a resposta também é consequência direta da própria natureza da sociedade que, sendo organismo privado e, disciplinado, pois, pelas normas do direito comum, pode ter seus bens constitutivos sujeitos a penhora, como os de qualquer sociedade de direito privado. O problema da falência é de grande importância, no estudo destas sociedades, sustentando alguns autores, como Bielsa, a impossibilidade da quebra, porque o Estado colaborou com dinheiro e a quebra não é concebível, relativamente ao Estado. Em sentido contrário, pensam outros autores que distinguem entre várias espécies de sociedades de economia mista. Regra geral, como qualquer outra sociedade, a sociedade de economia mista está sujeita ao regime falimentar, mas, entrando em jogo interesses públicos, como no caso das concessionárias, a continuidade do serviço deve ser assegurada."

Newton de Lucca²⁹ sustenta que as empresas *prestadoras de serviço* também *podem falir*, advertindo que, em relação a elas, "com a decretação da falência ocorreria a chamada 'reversão de bens', cabendo ao Estado, por havê-los incorporado, garantir os credores até o valor dos bens revertidos". E conclui: "Em qualquer das hipóteses ... não se justifica a inaplicação do instituto da falência às socie-

²⁹ Regime jurídico da empresa estatal no Brasil, São Paulo, tese, 1986, p. 140-167

dades de economia mista. Como se não bastassem as razões apresentadas e o conflito com o preceito constitucional assinalado, também as soluções no direito comparado parecem caminhar no mesmo sentido." Somo à tese desse ilustre Professor outro argumento: o art. 195 da Lei de Falências admite a quebra das concessionárias de serviços públicos ao determinar, como efeito, a extinção da concessão, na forma da lei³⁰. A nosso ver, o art. 2º, I da Lei nº 11.101/05 ao excluir expressamente as sociedades de economia mista da falência e da recuperação judicial e extrajudicial, conferiu uma interpretação conforme à Constituição Federal, por todos os fundamentos doutrinários expostos: a vedação refere-se apenas às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos³¹.

g) Interditos e incapazes

O art. 974 do Código Civil permite que, por meio dos pais, do autor da herança ou do representante, ou desde que devidamente assistidos, e mediante prévia autorização judicial, *interditos* e *menores não-emancipados* continuem o exercício da atividade de *empresário*. Nesse caso, à continuidade da empresa "precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros"³².

Entendemos que os *interditos e incapazes* autorizados à continuação da empresa *não serão* considerados *empresários* por não estarem em pleno gozo de sua capacidade civil. A atividade empre-

³⁰ Sobre a possibilidade de as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista serem concessionárias de serviço público, verificar EROS ROBERTO GRAU (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 124). Segundo o autor, as mencionadas pessoas jurídicas, por uma série de fatores, são consideradas delegadas e não concessionárias de serviço público. Contudo, "hipóteses poderão ocorrer nas quais empresas estatal controlada por uma das pessoas da federação exercite a prestação de serviço público da titularidade de outra pessoa da federação; nessas hipóteses haverá concessão de serviço. É o caso da CESP-Companhia Energética de São Paulo, empresa estatal estadual, concessionária de serviço público federal."

³¹ Segundo a técnica da interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma deverá escolher, dentre as diversas interpretações possíveis (presentes nas normas polissêmicas ou plurissignificativas) aquela que se compatibilize com a Constituição Federal.

³² Art. 974, § 1º.

sarial será exercida por seus representantes ou assistentes (em nome do representado ou assistido), ou, ainda, por gerentes, caso o representante ou assistente do menor ou do interdito seja pessoa legalmente impedida de exercer atividade empresarial. Segundo pensamos, a hipótese é de uma *empresa acéfala*, ou seja, há o exercício de uma empresa sem haver a figura do empresário.

Admitir a continuação da empresa pelo interdito ou incapaz tem por escopo maior a *preservação da empresa* e sua *função social*. A regra de responsabilidade do incapaz, prevista no art. 974, § 2º do Código Civil, não mais poderá ser invocada com a emancipação. A partir dos *dezesesseis anos*, se o menor der continuidade à atividade, *cessará* a sua condição de *incapaz*, em razão da sua emancipação, aplicando-se o disposto no art. 967. Deve o empresário emancipado registrar a sua *firma individual* no órgão competente a fim de tornar-se *empresário regular*.

O art. 48 da lei de falências exige que o empresário comprove o *exercício regular de atividade empresarial* por mais de dois anos. Não vemos absurdo em se admitir o somatório do período em que a empresa, por autorização judicial, foi exercida pelo incapaz. Explico melhor: um menor que, aos treze anos de idade, obteve autorização judicial para continuar atividade empresarial herdada, pode, quando *emancipado* (16 anos), requerer sua *recuperação*, se empresário individual regular, pois, em decorrência de autorização judicial, *exerce regularmente atividade empresarial* há mais de dois anos.

h) Natureza jurídica da recuperação

Doutrina anterior à Lei nº 11.101/2005 controvertia sobre a *natureza jurídica da concordata*. Para uns, era *contratual*; para outros, *favor legal*. A maioria defendia a *natureza processual* (concordata - sentença): o pedido do devedor não estava condicionado à vontade dos credores, e tinha de ser concedido mediante *ato judicial* (sentença), sempre que preenchidos os requisitos do DL nº 7.661/45. Subsiste a divergência quanto à *natureza jurídica da recuperação*: *É negócio de cooperação? É contrato judicial com feição novativa? É contrato extrajudicial? É contrato de execução continuada?*

Não se nega que a recuperação procura compor credores e devedor empresário de modo a permitir a preservação da empresa e, com isso, resguardar sua função social. É, sob esse aspecto, um contrato. Conquanto os interessados diretos na recuperação sejam as partes contratantes - e ainda que admitamos a sua natureza contratual - impõe-se reflexão demorada sobre o novo instituto, especialmente sob o prisma da *boa-fé objetiva*.³³ A *boa-fé objetiva* é uma regra de comportamento jurídico *que não* depende da intenção deliberada das partes. É, antes, uma norma de tutela da *confiança legítima* da contraparte no negócio jurídico. Põe o juiz na cena do contrato, de sorte que deve, independentemente de pedido ou de intenção dos contratantes, agir de modo a impedir que a conduta aparentemente decorrente de um ato lícito provoque um dano à outra parte, à sociedade e ao próprio sistema jurídico. Na tutela da *boa-fé objetiva*, não é relevante para o juiz que a conduta das partes seja jurídica ou vinculante ou que derive de um contrato privado. O que legitima a intervenção do juiz é a possibilidade de que esse comportamento, aparentemente fundado no direito, ou no contrato, possa causar prejuízo à sociedade. Na recuperação da empresa, a doutrina deve reservar ao judiciário presença *mais relevante* que o de simples homologador da vontade das partes. Embora a prevalência do interesse público sobre o privado seja um postulado, o que se apregoa não é isso, mas uma justa composição de interesses em que também o interesse da sociedade, pelas mãos do juiz, seja determinante na decisão que defere ou homologa o pedido de recuperação da empresa. Refoge à natureza do contrato privado, expressão do voluntarismo e da individualidade, prestar-se ao papel de fonte de prejuízo social. O processo não é um negócio entre as partes e nem o juiz é seu réfm. O juiz deve velar pelo conteúdo ético do processo. Por conteúdo ético, entende-se que se impõe ao juiz, como um dado *a priori*, verificar se as partes não se servem do processo para alcançar objetivo ilegal, se o devido processo legal foi assegurado, e se as partes se conduzem nos limites da função social do direito.

³³ Código Civil, art. 422.

Segundo Planiol e Ripert³⁴, *todos* os contratos fundam-se na boa-fé, porque ninguém se escusa da obrigação de agir como homem probo e consciente, não apenas na formação, mas no cumprimento dos pactos, emprestando mais valor ao efetivamente desejado que ao escrito. (...) Aos poucos, a rigorosa intangibilidade dos contratos se rarefez para dar lugar à sua função social³⁵, permitindo a sua flexibilização sempre que as condições sobre as quais tivesse sido firmado se alterassem de tal forma que somente pudesse ser cumprido de forma iníqua, injusta ou extremamente onerosa para uma das partes. A esse modelo exegético somou-se a técnica de inserir nos contratos cláusulas gerais de conteúdo normativo aberto, que, ao contrário dos contratos regulados por *fattispecie*³⁶, propiciam ao julgador aproximar-se do sentido efetivamente desejado pelas partes, e isso somente é possível se se puder desprezar o sentido puramente literal do ajustado. Até o advento da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a expressão boa-fé tinha para nós acepção meramente subjetiva, "sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito"³⁷.

Para José Geraldo da Fonseca³⁸, a boa-fé objetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousa seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da

³⁴ PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. "Tratado práctico de derecho civil frances", p.530-32;631-32 *apud* SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva - Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Lumen-Jurs, Rio de Janeiro, 2002. p.48

³⁵ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**, 1967, RT, São Paulo, p. 7-8.

³⁶ Em italiano, substantivo feminino invariável: caso, fato jurídico, caso em tela, fato específico: *nella fattispecie*, neste caso específico, neste caso concreto.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. "A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil" *in* **Obrigações Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**, Gustavo Tepedino: Coordenador, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 29.

³⁸ Desembargador do Trabalho, 7ª Turma do TRT/RJ. "Do venire contra factum proprium na Justiça do Trabalho". Monografia (inédita) apresentada à Faculdade de Direito da UERJ para obtenção de certificado de conclusão do curso Obrigação como Processo, convênio UERJ/EMATRA, outubro a dezembro/2006.

aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.)³⁹. Fala-se, agora, em *boa-fé objetiva*, conceito que despreza deliberadamente a intenção interior do sujeito para exigir comportamentos objetivamente comprometidos com a lealdade, a honestidade e o senso de cooperação com a contraparte para que se atinja o fim perseguido nas relações interpessoais⁴⁰. A boa-fé objetiva não é, como o disse o Prof. Gustavo Tepedino⁴¹, "uma espécie de *cheque em branco* oferecido ao magistrado para, discricionariamente, interpretar a boa-fé objetiva de maneira subjetiva, tomada como manifestação de certa *camaradagem do contratante*" (grifos do original).

Da mesma forma, fala-se, atualmente, numa completa "relativização dos contratos", especialmente com o advento do Código Civil de 2002, que acrescentou aos seus padrões clássicos três paradigmas: a *eticidade*, a *boa-fé* e a *função social*.

Descendo ao miúdo, nenhum desses "novos" formatos dogmáticos - *eticidade*, *boa-fé*, *função social* - é verdadeiramente novo, senão que se trata (às vezes é preciso ser óbvio) de um verniz recente e uma maneira de ver antigos postulados que, de uma ou de outra forma, sempre estiveram presentes no tráfego jurídico e, em menor ou maior grau, foram desejados nas relações interpessoais. (...) Para usar da expressão de Menezes Cordeiro⁴², é preciso manter

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 411-412 *apud* TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. "A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil" in *Obrigações Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Gustavo Tepedino: Coordenador, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 30.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.* p.32.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. "Os Novos Contratos no Novo Código Civil". *Revista da EMERJ* - Especial EMERJ Debate o Novo Código Civil, Parte I, fevereiro a junho/2002, p.182-183.

⁴² MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. Diz o autor: "Aos tribunais pede-se, todavia, o maior critério e a maior precisão na aplicação da boa fé e, designadamente, quando isso suceda contra *ius strictum*. A possibilidade de qualquer pedido ser detido por invocado abuso, inclusive apenas no Supremo e sem que isso tivesse sido previamente discutido, introduz, nos processos, um factor de álea ou de insegurança incompatível com a justiça. Decidir de acordo com a boa fé exige, do intérprete-aplicador, um esforço analítico, conceitual e justificatório paradoxalmente muito superior ao requerido pela aplicação de normas estritas. O abuso do direito é excelente remédio para garantir a supremacia do sistema jurídico e da Ciência do Direito sobre os infortúnios do legislador e sobre as habilidades das partes. Até hoje, não se encontrou melhor. Praticamente todo o avanço qualitativo registrado, no Direito Civil e entre nós, nos últimos anos, lhe é tributário. Há que usá-lo sempre que necessário. Mas nunca pode ser banalizado: havendo solução adequada de Direito estrito, o intérprete-aplicador terá de procurá-la, só subsidiariamente se reconfortando no abuso do direito. E só conjunturas muito ponderosas e estudadas poderão justificar uma solução contrária à lei estrita".

o conceito de boa-fé dentro de "fronteiras mínimas de razoabilidade". Não há consenso nem mesmo sobre a validade ou a utilidade de uma divisão da boa-fé em subjetiva e objetiva, já que ambas se regem pela moral social, e nas duas há normatividade⁴³. O Código Civil de 2002 não faz distinção entre uma e outra, mas a doutrina civilista parece enamorada da idéia de que há mesmo duas concepções de boa-fé. Melhor: há duas boas-fés, ambas jurídicas, e cada qual com o seu contorno específico. A diferença básica entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva está em que a primeira diz respeito a algo interior ao sujeito, e a segunda, a algo exterior⁴⁴. Na primeira, o sujeito age convicto de que está fazendo valer o seu direito, e, na segunda, de que, além de fazer valer o seu direito, está se comportando de tal modo que não prejudique interesses legítimos do outro contratante, e concorrendo, efetivamente, para que o contrato se realize da forma combinada.

Em tema de recuperação de empresa, o conteúdo ético do processo põe em relevo a figura do juiz e derruba o mito de que o sucesso do pedido de recuperação depende exclusivamente do consenso das diversas classes de credores. Para esses, o juiz abdicaria da função jurisdicional para limitar-se a mero agente homologador da vontade das partes. Não é verdade. O juiz não pode ser mero coadjuvante de cena empresarial da qual nem lhe deram *script*. Como órgão do Estado, e sendo o processo um instrumento da jurisdição, deve intervir sempre que vislumbrar no pedido de recuperação protelação do devedor. *Seja dito*: deve concorrer para que o pedido de recuperação não seja embusteiro, um expediente labioso usado pelo devedor para "ganhar tempo" até a efetiva decretação de sua falência, ou para que credores em conluio impeçam ou interfiram maliciosamente na sua concessão, por meio de assembléias. Ao judiciário cabe cuidar para que o devedor não transforme pedido de recuperação em indústria rentável. Deve

⁴³ GIL, Antônio Hernández. *Obras Completas*, Tomo I - "Conceptos jurídicos fundamentales", p. 561 *apud* SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva - O princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Lumen-Juris, Rio de Janeiro, 2002, p.12.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *A boa fé no direito civil*. Coimbra. Almedina, 1997 *apud* SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Op. cit.* p.13.

harmonizar a natureza jurídica da recuperação com a eticidade e a boa-fé objetiva.

Vejamos algumas hipóteses:

I - determinação de ofício de prova pericial para verificação da lisura do pedido de recuperação e aferição da solvabilidade da empresa.
II - dilação de prazo para juntada do plano de recuperação judicial, atendendo a circunstâncias objetivas (não se está advogando o desprezo à lei de falências nem estimulando decisões contra legem, mas a flexibilização dos prazos atendendo à complexidade e à relevância do empreendimento etc)⁴⁵.

Sempre que a recuperação da empresa se mostrar viável, o judiciário terá o dever de apreciá-la. Não se pode cometer ao juiz, na recuperação, meras funções cartorárias que o confinem ao exame dos requisitos formais do pedido inicial⁴⁶. Não combina com a utilidade da função jurisdicional reduzi-lo a colador de etiquetas de despachos escritos previamente sobre um padrão normativo que nem sempre se ajusta ao caso concreto.

6. DIREITO INTERTEMPORAL

O art. 192 da Lei de Falências é um dos mais polêmicos na doutrina, provavelmente por sua imprecisão e atecnia. A partir de uma interpretação sistemática sugerimos as seguintes proposições:

I - O DL nº 7.661/45 se aplica às falências decretadas e concordata concedidas em sua vigência;⁴⁷
II - A vedação da concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso, ou seja, já entrado em vigor a

⁴⁵ Dou, como exemplo, o pedido de recuperação da VARIG. É nosso *leading-case*. Por certo não alcançaríamos resultado satisfatório se os prazos da Lei nº 11.101/05 fossem seguidos à risca. Explico: pela lei, o prazo de apresentação do plano de recuperação é de 60 dias, contados do despacho de processamento do pedido de recuperação. Tratando-se de prazo peremptório, seria socialmente razoável a decretação da quebra no eventual descumprimento desse prazo, mesmo tendo o juiz conhecimento de que se trata de complexo negocial com raízes até no exterior?

⁴⁶ Lei de Falências, art. 51.

⁴⁷ Lei de Falências, art. 192, *caput*.

atual lei de falências, pressupõe a inércia do concordatário ou indeferimento do pedido de concordata suspensiva na vigência do DL nº 7.661/45 ⁴⁸.

*III - A existência de pedido de concordata preventiva ou suspensiva não obsta ao pedido de recuperação, sendo desnecessária a comprovação do deferimento ou do cumprimento das obrigações assumidas.*⁴⁹

IV - O deferimento da continuação do negócio do falido (DL nº 7.661/45, art. 74) autoriza o pedido de recuperação do devedor quando da entrada em vigor da atual lei de falências, sob pena de não poder se valer da concordata suspensiva (art. 192, §1º) ou da recuperação.

*V - A convalidação de concordata suspensiva em recuperação implica em extinção da própria concordata ou da falência anteriormente ajuizadas, decretando-se compulsoriamente a quebra no descumprimento do plano de recuperação (art. 73 da Lei de Falências).*⁵⁰

*VI - A atual lei de recuperação aplica-se às falências decretadas em sua vigência, ainda que requeridas à época do DL nº 7.661/45, observando-se a prevalência das normas do decreto revogado até a decisão de quebra, que deve observar os requisitos do art. 99 da atual lei.*⁵¹

7. CONCLUSÃO

1º - Com a Lei nº 11.101/05, desaparece o caráter punitivo da falência. Priorizam-se a recuperação da empresa e a preservação da sua função social. A natureza da recuperação é de contrato no qual o juiz, dentro do princípio da boa-fé objetiva, tem amplos poderes ordinatórios.

2º - A preservação da empresa não é absoluta nem indiscriminada. Dentro de um critério subjetivo, cabe ao juiz decidir que empresa pode ser preservada.

⁴⁸ Lei de Falências, art. 192, § 1º.

⁴⁹ Lei de Falências, art. 192, § 2º.

⁵⁰ Lei de Falências, art. 192, § 3º.

⁵¹ Lei de Falências, art. 192, § 4º.

3º - A Lei nº 11.101/05 inibe a possibilidade de que a falência seja utilizada como meio de cobrança, ao estipular valor superior a quarenta salários mínimos para requerimento de quebra fundado na impontualidade do devedor.

4º - Credor cujo crédito não alcance o mínimo legal (40 salários mínimos) não se pode valer de protesto levado a efeito por terceiro para comprovar a impontualidade do devedor em relação a seu crédito, exceto na hipótese de litisconsórcio ativo.

5º - Nomeação insuficiente de bens à penhora somente enseja pedido de falência do executado com fundamento na execução frustrada se o juízo não for garantido após eventual concessão de prazo dilatatório.

6º - A lei de falências somente confere legitimidade ativa ao credor empresário, se regular. Há tratamento desigual do credor não-empresário porque não se lhe exige regularidade.

7º - A lei de falências legitima qualquer credor com garantia real a requerer falência do devedor desde que renuncie a essa garantia, ou comprove que tal garantia não baste para a satisfação do ser crédito.

8º - Admite-se o requerimento de falência apenas por credor titular de crédito vencido.

9º - A lei de falências legitima qualquer credor a pedir a quebra do devedor empresário, mas, ao contrário do decreto revogado, não a estende ao titular de crédito vincendo.

10º - O Ministério Público tem legitimidade ativa para requerimento de falência do devedor empresário na execução de ação civil pública e no termo de ajustamento de conduta.

11º - Menor emancipado aos dezesseis anos, se empresário individual, pode falir. Se cometer crime falimentar, considera-se ato infracional, com aplicação do ECA.

12º - Impedidos por lei de exercer atividade empresarial incidirão em falência se o fizerem, apesar de não ter a lei atual repetido a regra do decreto revogado.

13º - O sócio não incide em falência apenas em razão do tipo de responsabilidade assumida na sociedade. Sujeitam-se, tão-só, aos efeitos da falência da sociedade empresária.

14º - O empresário rural somente incide em falência se a principal atividade desenvolvida for rural e optar pelo registro dos atos no órgão competente. Coexistindo atividades industrial e rural, analisa-se a preponderante.

15º - O art. 2º, I da Lei nº 11.101/2005 exclui expressamente as sociedades de economia mista da falência; sustentamos a interpretação restritiva desse dispositivo, por todos os fundamentos doutrinários expostos. A vedação refere-se apenas às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

16º - Não se suspendem execuções iniciadas antes da quebra se houver praça designada. Nessa hipótese, o produto da arrematação deve ser enviado à massa, seguindo-se habilitação do credor-exeqüente. Se tiver havido arrematação quando da quebra, satisfaz-se o exeqüente e destina-se à massa o que sobejar.

17º - Os incapazes que obtiveram autorização judicial para continuação de empresa herdada podem, a partir da emancipação e desde que observados os requisitos legais, pedir recuperação e aproveitarem-se do somatório do prazo anterior em que a empresa era exercida por força de alvará judicial.☐

Lei nº 11.441 de 04/01/2007

Inventário, Partilha, Separação e Divórcio Consensuais

Réнан Kfuri Lopes

Advogado e Professor Universitário

1. DESOPRESSÃO DO JUDICIÁRIO

Dando prosseguimento à reforma processual, com o intento de aliviar o Poder Judiciário de questões que possam ser resolvidas diretamente pelas partes, desde 5 de janeiro de 2007 passou a vigorar a Lei nº 11.441. Doravante, os jurisdicionados maiores e capazes, se assim optarem, através de procedimento administrativo, desde que acordos, sem conflito e assistidos por advogado, podem se ajustar livremente em inventário e partilha, separação e divórcio, por intermédio de escritura pública lavrada perante o cartório de notas, com força de título hábil para se exigir o cumprimento das cláusulas e condições aventadas.

Não se olvida que as várias reformas introduzidas transformaram o CPC numa colcha-de-retalhos, sem perder de vista que outras estão por vir. Todavia, a expectativa maior é a "desopressão do Judiciário", que lento e sem estrutura razoável, retarda a prestação jurisdicional. Não havendo qualquer interesse do legislador em melhor aparelhar o Judiciário, restou apenas o enxugamento da lei processual, suprimindo procedimentos judiciais que passaram a ser considerados dispensáveis.

A Lei 11.441/07, seguramente, atenderá com mais agilidade aqueles que preenchem seus requisitos, excluindo os juízes da negociação firmada entre particulares, vez que o Judiciário ficará desobrigado de homologar cerca de 250 mil processos de separações

e divórcios por ano. Os dados do IBGE, no ano de 2005, traduziram a realização de 150.714 divórcios em todo Judiciário brasileiro, sendo que deste total, 102.112 foram consensuais, o equivalente a 68%. Enquanto as separações chegaram ao número de 100.448, das quais 77.201 foram consensuais, o correspondente a 77%.

Merece reparo a Lei nº 11.441/07 quanto à falta de prazo para sua implementação. Sancionada em 04.01.2007 a lei passou a vigorar no dia seguinte, 05.01.2007, data da sua publicação, conforme previsão contida no art. 4º. Evidente que necessitaria um prazo maior de *vacatio legis* para que os Cartórios e as Corregedorias de Justiça pudessem melhor se organizar e desbastar as eventuais dúvidas na aplicação do novel texto legal.

2. INVENTÁRIO E PARTILHA DE CAPAZES E CONCORDES POR ESCRITURA PÚBLICA

A Lei nº 11.441/07 deu nova redação ao *caput* do art. 982 do CPC e introduziu o parágrafo único nesse dispositivo. A anterior limitava-se a impor a necessidade do inventário judicial, mesmo sendo as partes capazes: "proceder-se-á ao inventário judicial, ainda que todas as partes sejam capazes".

A nova vestimenta do art. 982 *caput*, do CPC, trouxe a possibilidade ("poderá") dos interessados optarem pelo procedimento extrajudicial do inventário e pela partilha dos bens, se "todos" forem capazes e concordes nos termos entabulados por escritura pública, que terá força de título hábil para averbar e registrar no Cartório de Registro de Imóveis as deliberações nela inseridas.

O parágrafo único do art. 982 do CPC é a novidade incluída com o desígnio de impor que todas as partes interessadas na lavratura da escritura pública para os fins do *caput* estejam "assistidas por advogado" que assinará o ato notarial, *in verbis*:

"Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial".

Conceitua-se o inventário como o procedimento que presta para descrever, avaliar e liquidar os bens pertencentes e deixados à época de sua morte pelo inventariado (de cujus) que serão objeto de partilha e distribuição em favor dos seus sucessores no montante líquido de seus respectivos quinhões.

O inventário judicial é obrigatório sempre que houver testamento ou figurar no pólo ativo incapazes (art. 982, *caput*, início).

Escolhendo o inventário extrajudicial, por escritura pública, os sucessores e interessados, através de advogado, comparecerão no escritório do profissional e contratarão seus serviços para verificar, inicialmente, se satisfazem os requisitos do *caput* (capazes e concordes quanto à partilha). Superada a legitimidade para o ato notarial, o advogado ouvirá as pretensões das partes quanto à partilha e se a divisão proposta obedece às regras legais previstas nos artigos 2.013 *usque* 2.022 do Código Civil.

O advogado elaborará em seu escritório minuta do acordo quanto à partilha traçada, que será enviada ao Cartório de Notas para a prévia conferência do Tabelião quanto aos termos e cláusulas convenionados, acompanhada dos documentos que comprovam a legitimidade dos interessados e a propriedade do falecido dos bens inventariados.

Estando tudo regular, os interessados em dia e hora combinados com a repartição, pessoalmente ou por procurador munido de mandato com poderes especiais para esse mister, assistidos por advogado, assinarão perante o Tabelião a escritura pública do inventário.

A escritura pública será levada ao Cartório de Registro de Imóveis para a averbação nas matrículas dos termos pactuados quanto aos novos proprietários dos imóveis inventariados. Também a escritura pública gerará direito para efetivar a transferência de propriedade de bens móveis, apresentando-a nos órgãos e estabelecimentos competentes, *verbi gratia*, DETRAN (veículos), bancos (valores

em conta-corrente, caderneta de poupança e aplicações em geral), juntas comerciais (cotas sociais) etc.

2.1. Capacidade Civil e Concordância

Exige o art. 982, *caput*, que os interessados sejam "capazes" e "concordes", complementado pelo parágrafo único, que prescreve a obrigatoriedade de "todos" estarem assistidos por "advogado".

Considera-se capaz a pessoa habilitada à prática de todos os atos da vida civil a partir do dia em que completar 18 (dezoito) anos¹, cessando a partir daí a incapacidade civil absoluta e relativa².

Embora menor, a incapacidade cessará excepcionalmente nas hipóteses conjeturadas nos incisos do parágrafo único do art. 5º do Código Civil³, autorizando, assim, nestas circunstâncias, capacidade para inventariar via escritura pública.

O Ministério Público não intervirá na escritura pública do inventário extrajudicial, vez que ausente a participação de incapaz (CPC, art. 82, I).

A "concordância" é outro quesito inarredável e até óbvio para que as partes harmonicamente se acordem na combinação da partilha, consoante dicciona a primeira parte do art. 982, *caput*, do CPC. Na verdade o Tabelião, ao permitir se lavrar a escritura do inventário, *mutatis mutandis*, atua como o juiz quando homologa por sentença a partilha amigável que lhe é apresentada em processo judicial, cujos termos foram celebrados extrajudicialmente através de escritura pública, consoante prescrevem o art. 1.031 do CPC e o 2.015 do Código Civil⁴.

¹ Cód. Civil, art. 5º, *caput*.

² Cód. Civil, art. 3º (incapacidade absoluta) e art. 4º (incapacidade relativa).

³ Cód. Civil, art. 5º, parágrafo único: I- pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II- pelo casamento; III- pelo exercício de emprego público efetivo; IV- pela colação de grau em curso de ensino superior; V- pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

⁴ CPC, art. 1.031, *caput*, alterado pela Lei 11.441/05, prevê que a partilha amigável celebrada entre capazes nos termos do art. 2.015 do Código Civil (por escritura pública ou nos autos do inventário, ou escrito particular) será homologada "de plano" pelo juiz.

Se divergirem os herdeiros, ou se algum deles for incapaz, a partilha se dará impositivamente no inventário judicial, *ex vi* art. 2.016 do Código Civil e agora expressamente o art. 982, *caput*, do CPC.

2.2. Legitimidade da Companheira em União Estável

A Constituição Federal conceitua a união estável como uma entidade familiar (artigo 226, § 3º).

Hoje não há mais dúvida de que a legislação pátria salvaguarda os direitos patrimoniais adquiridos pelos companheiros durante o período de união estável. A Lei nº 8.971/94 regula o Direito dos Companheiros à Alimentos e Sucessão e a Lei nº 9.278/96 regulamenta o § 3º do art. 226 da CF, quanto aos bens adquiridos durante a união estável e o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.

O Código Civil veio consagrar os companheiros com presunção *juris et de jure* integrantes na ordem de vocação hereditária ao lado dos ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuge (Código Civil, art. 1.802). Considera a lei substantiva civil a união estável para fins de partilha como o casamento realizado sob o regime de comunhão parcial de bens (Cód. Civil, art. 1.725), permitindo concorrer na participação dos bens onerosamente adquiridos e os frutos percebidos na constância da relação (Cód. Civil, art.1.790), com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior (Cód. Civil, arts.1.660, II e V, e 1.662), inclusive assumindo o cargo de inventariante (RSTJ 114:209)⁵.

Na vanguarda do melhor direito, desnecessário exigir-se que a união estável seja reconhecida por sentença judicial se a companheira do falecido apresentar ao Tabelião prova documental segura, indene de qualquer dúvida, comprovando a existência da união estável (*ad exemplificandum*: a escritura pública de reconhecimento de união estável), fato ratificado por outros documentos, pelos herdeiros e interessados que anuirão à escritura pública do inventário extrajudicial, reconhecendo expressamente a existência da sociedade de fato.

⁵ "A Companheira tem Legitimidade no Inventário", Rénan Kfuri Lopes, www.rkladvocacia.com, acessado em 10.01.2007.

Ademais, não tendo o companheiro falecido descendentes ou ascendentes, a companheira adquire direito à totalidade da herança, revelando a tendência isonômica aos direitos dos cônjuges, art. 2º, inc. III, da Lei nº 8.971/94 *apud* TJSP *in* RT 764:218. Assevera o autorizado Zeno Veloso que "no direito sucessório brasileiro já estava consolidado e quieto o entendimento de que, na falta de parentes em linha reta do falecido, o companheiro sobrevivente deve ser o herdeiro, afastando-se os colaterais e o Estado"⁶.

Todavia, se o Tabelião não se convencer da qualidade de companheiro do cônjuge sobrevivente, desautorizará que se lavre a escritura pública do inventário extrajudicial, pois requisito inafastável a prova contundente de companheiro para a admissão no pólo ativo do inventário. Caberá ao pretense companheiro, destarte, ajuizar ação ordinária de reconhecimento de união estável, inclusive com pedido de tutela antecipada para suspender a formalização do inventário ou a reserva de bens no quinhão que entenda de seu direito, afastando que esse patrimônio em litígio integre o inventário extrajudicial (TJMG, apelações nº 1.0473.03.002385-6/001-DJ 11.03.05 e 1.0515.05.014147-9/001, DJ 11.04.2006).

A parte incontroversa por lei, ou expressamente reconhecida pelo pretense companheiro como de propriedade dos outros sucessores, poderá ser objeto do inventário formalizado através de escritura pública.

2.3. Constituição de Título Hábil Perante o Registro de Imóveis

O art. 982, *caput*, do CPC deu força executiva para o cumprimento da partilha de imóveis, bastando que seja apresentada a estrutura da divisão dos bens entabulada e proceder-se-á à sua transcrição nas respectivas matrículas dos imóveis. Assim, a escritura pública será apresentada em cada cartório de imóvel competente, em que esteja registrado o imóvel, para a transferência da propriedade. As partes poderão requerer perante o Cartório de Notas a extração de mais vias da escritura de compra e venda para facilitar o registro se forem muitos imóveis e bens espalhados em várias localidades.

⁶ "Do Direito Sucessório dos Companheiros", *in* *Direito de Família e o novo Código Civil*, ed. Del Rey e IBDFAM, Belo Horizonte, 2001, p. 236

Este procedimento se equipara ao usual registro de escritura pública de compra e venda, atendendo às normas da Lei de Registros Públicos-LRP, Lei nº 6.015, de 31.12.1973, que dispõe acerca dos registros públicos, valendo destacar algumas regras dessa *lex specialis*:

"Os atos jurídicos entre vivos que dividirem imóveis são registrados e averbados na matrícula de cada imóvel, no cartório da situação do imóvel (arts.127, I; 167, I, 23 e II, 14; 169 e 236, LRP);

"Os registros seguirão obrigatoriamente a cadeia dominial para fins de registro. Se desatendida a concatenação nesta continuidade, o Tabelião poderá exigir que seja suprida, sob pena de não registrar a escritura de partilha (arts.195 e 237, LRP).

"A escritura pública possibilitada pela Lei 11.441/07 equivale ao formal de partilha que é admitido para registro (arts. 221,I,IV, e 222, LRP);

"Na escritura pública, deve se fazer individualmente a referência ao número de cada matrícula com identificação do cartório de imóvel (art. 222, LRP)".

2.4. Obrigatória Assistência das Partes por Advogado

O *jus postulandi* é prerrogativa do advogado para defender os interesses da parte na demanda, representando e resistindo em prol dos interesses do seu constituinte. Essa é a forma de afastar o desequilíbrio de forças no processo, igualando-se os desiguais na expressão consagrada por Rui Barbosa. Para assegurar esta igualdade, faz-se necessária a presença do advogado ao lado de cada uma das partes, pois não sendo assim, avultará a violação da isonomia das partes, comprometendo o contraditório e a ampla defesa⁷.

É imposição da Lei Ápice tutelar o princípio da proporcionalidade para atingir uma solução ponderada nos conflitos. Essa exigência deita no leito da noção de Estado Constitucional.

⁷ O art.133 da CF ressalta a importância e a imprescindibilidade do advogado, indispensável à administração da justiça, sendo inviolável seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Assim, dentro do espírito de garantir tudo aquilo que os interessados têm direito de obter, evidente, que sem a presença do advogado redundará no comprometimento da segurança jurídica.

Dentro dos princípios de salvaguardar o equilíbrio e o direito das partes, possibilitando que antes da assinatura do acordo as questões pendentes sejam amplamente debatidas até alcançar um ponto comum, o parágrafo único do art. 982 estatuiu que o tabelião somente lavrará a escritura se *todas* as partes interessadas estiverem *assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial*.

Preservou-se o que ocorria na esfera judicial quando as partes eram obrigatoriamente representadas por um advogado, detentor do *ius postulandi*, podendo agir em juízo para defesa dos interesses do seu cliente. Agora, a presença de profissional tecnicamente habilitado refletirá no exercício máximo do direito de defesa garantido constitucionalmente (CF, art. 5º, LV).

No corpo da escritura pública será identificado o advogado, sua qualificação (nome, número de inscrição na OAB, estado civil, nacionalidade, endereço do escritório) e o nome de quem assiste. O advogado estará presente pessoalmente e assinará o livro no qual será lavrada a escritura pública, juntamente com seu cliente e os demais interessados, rubricando todas as páginas.

2.5. Responsabilidade do Notário

A atividade notarial e de registro se enquadram como instituições pré-jurídicas, sendo entidades do Estado como um corpo social independente, não integrante do governo ou de outro Poder Político. Os atos praticados pelos Notários e Registradores são, tipicamente, de direito material, de cidadania, não administrativos, uma atividade pública atípica com regramento próprio. Já os procedimentos de ingresso ou de disciplina, estes sim, são administrativos, porque vinculam o Notário ou o Registrador ao Poder Público, mas só nessa união e disciplina obedecem às normas públicas⁸.

⁸ Responsabilidade Civil-Estudos Homenagem Centenário do Nascimento de Aguiar Dias, Forense, 2006, artigo "Resp.Civil, Penal e Administrativa dos Notários e Registradores e o Dano Moral", p. 47 e segs.

Assim, insta pontuar que os serviços notariais não se encaixam dentre aqueles prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público. E no âmbito da responsabilidade civil não se aplica aos Notários e Registradores o preceito contido no art. 37, § 6º, da Carta Federal, porque, como dito, não se cuida de serviço público de ordem material da Administração direta ou indireta.

O § 1º do art. 236 da Constituição Federal remeteu à Lei Ordinária a regulação da disciplina da atividade e da responsabilidade civil e criminal dos notários. Se o legislador pretendesse situar a atividade notarial como serviço público, enquadraria a mesma no Capítulo de Administração Pública.

A responsabilidade civil dos notários decorre da prática de ato ilegal, doloso ou culposo, por ação ou omissão, praticados nos serviços prestados que resultem prejuízos de ordem material e moral a terceiros (nexo causal). Aplica-se os princípios gerais da responsabilidade extracontratual previstos nos arts. 927⁹ e 932, III, do Código Civil¹⁰.

No campo das provas, indubitavelmente, o ônus é do notarial, pois detém os documentos necessários para melhor instruir o processo, aplicando-se, noutro norte o Código de Defesa do Consumidor.

3. PRAZO PARA INÍCIO E FIM DO INVENTÁRIO JUDICIAL

Inventário judicial se dá através de um processo com o propósito de se relacionar os bens deixados pelo falecido/inventariado, partilhando-os e distribuindo aos sucessores após a quitação das dívidas deixadas pelo *de cujus*. Não será necessária a abertura do processo de inventário judicial se, presentes, as partes, maiores, concordarem previamente com a partilha amigável (CC, art. 2.015), levada ao juízo simplesmente para sua homologação (CPC, art. 1.031); e também quando existir apenas herdeiro único, adjudicando-se os bens (CPC, art. 1.031, § 1º).

⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁰ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: ... III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (...).

O *caput* do art. 983 tem nova redação e foi revogado o anterior parágrafo único do CPC pelo art. 5º da Lei nº 11.441/07. A novidade é que agora estão pontualmente fixados os prazos para o início e o fim do inventário judicial.

O processo de inventário e partilha deverá iniciar-se dentro de 60 (sessenta) dias, o que significa dizer distribuído perante o juízo competente, a contar da abertura da sucessão, que se dá a partir da data do óbito do inventariado.

E seu prazo de tramitação é de 12 (doze) meses contados a partir da data da distribuição. Portanto, analisando o dispositivo sob a ótica da reforma processual, buscando a celeridade do judiciário, tem-se que o prazo, agora dobrado (o anterior era de 6 meses), teve o intuito de fazer que se cumpra. Todavia, entendemos que, em caso de retardamento na condução do processo pelo inventariante, não poderá ocorrer a extinção do processo com base no art. 267, incisos II e III, do CPC (regra geral), pois o mesmo códex instrumental civil prevê que, nestas hipóteses, o juiz terá de remover o inventariante, *ex vi* art. 995, II (regra especial), mas não proferir sentença extintiva.

Inadmissível considerar a lei letra morta para cumprimento do prazo de 12 (doze) meses. Mas para atingir esse desiderato, as partes, os advogados, as secretarias judiciais, os juízes e os promotores de justiça devem estudar a matéria e se aparelhar para juntos, cada um dentro de suas funções, cumprir esse prazo que é a regra geral para ultimar o inventário. O STF considerou constitucional a multa fiscal prevista por leis estaduais pelo retardamento aos prazos de início e encerramento do inventário judicial¹¹.

A exceção será a prorrogação desse prazo, que ficará a cargo de decisão proferida pelo juiz de ofício ou a requerimento de parte. Advirta-se que o pedido de dilação do prazo conterà justificativas plausíveis. E, por seu turno, a decisão que prorrogar haverá de ser fundamentada e de antemão estipular um novo prazo para o encerramento do inventário dentro da realidade apresentada nos autos. Melhor será que o juiz, nessa decisão, pontue as pendências e orde-

¹¹ STF, Súmula 542: "Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro, como sanção pelo retardamento do início ou da ulatimação do inventário".

ne a sua satisfação pelos responsáveis, sob pena de remoção do inventariante por não dar ao inventário andamento regular (CPC, art. 995, II).

3.1. Homologação da Partilha Amigável

O art. 1.031, *caput*, do CPC foi alterado apenas na menção do "art. 2.015" do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), em substituição à do "art. 1.773" do revogado CC/1916, *in verbis*:

"Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei".

O art. 1.031 do CPC trata da opção concedida aos herdeiros capazes que, unanimemente acordes e quites com os tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, buscam a chancela judicial para que a partilha amigavelmente estabelecida seja homologada por sentença, constituindo-se em um título executivo judicial (CPC, art. 475-N, VII). Necessário que, antes da apresentação em juízo para a homologação, ocorra prévia divisão amigável do monte líquido entre os sucessores do **de cujus** pelas 3 (três) formas previstas no art. 2.015 do Código Civil: por escritura pública; por termo nos autos do inventário e por escrito particular.

A petição inicial será instruída com os documentos reveladores da opção de composição da partilha dos capazes (CC, art. 2.015), a prova da propriedade do **de cujus**, da quitação dos tributos relativos aos bens partilhados e às suas rendas (CPC, art.1.031 *caput fine*), atendendo, ainda, as exigências do art. 282 do CPC.

4. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO CONSENSUAIS POR ESCRITURA PÚBLICA

A separação consensual e o divórcio consensual podem ser formalizados extrajudicialmente através do ato administrativo da

escritura pública perante o Cartório de Notas, desde que presentes as situações fáticas e de direito traçados pelo novo art. 1.124-A *caput* e que os cônjuges estejam assistidos por advogado (§ 2º).

Exige o art. 1.124-A *caput*:

- *que o casal não tenha filhos menores ou incapazes;*
- *para a escritura pública de separação consensual, tenham ultrapassado o prazo legal de mais de um ano da data do casamento (CC, art. 1.574, caput);*
- *para a escritura pública do divórcio consensual, tenham ultrapassado os prazos de um ano da data da publicação da sentença que houver decretado a separação judicial (CC, art. 1.580, caput, e art. 25 da Lei nº 6.515/77) ou que esteja o casal separado de fato há mais de 2 (dois) anos (CF, art. 226, § 6º; Lei nº 6.515/77, art. 40 e §§ alterados pela Lei nº 7.841/89);*
- *a descrição e partilha dos bens comuns;*
- *estabelecida a pensão alimentícia;*
- *deliberado se a varoa retomar o seu nome de solteira ou manter o de casado.*

Observa-se que não poderá computar o prazo de um ano da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos (CC, art. 1.580), pois se presume estejam em curso as ações principais de separação ou de divórcio, não se permitindo um ambiente jurídico híbrido, judicial e extrajudicial concomitantemente.

4.1. Constituição de Título Hábil

O § 1º do art. 1.124-A é claro ao frisar que a escritura pública da separação e do divórcio consensual independe de qualquer homologação judicial, se constituindo em título hábil para averbar o novo estado civil diante do cartório de registro civil (LRP, arts. 29 § 1º, a e 100); e averbar nas matrículas a combinação da partilha dos bens imóveis perante o cartório de registro de imóvel competente (LRP, art.167, II, 14).

Continua em vigor a possibilidade de o casal separado consensualmente através de escritura pública restabelecer a todo tempo a sociedade conjugal. Mas terá de vir a juízo, através de um processo autônomo, pleiteando seja por sentença homologada a restauração da sociedade conjugal (CC, art. 1.577).

4.2. Obrigatória Assistência dos Cônjuges por Advogados

Pelos mesmos motivos alinhavados no item 2.4 supra, que trata do inventário extrajudicial, aqui, também, na separação e divórcio consensuais, o tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes/cônjuges estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (CPC, art. 1.124-A, § 2º).

A manutenção dos princípios gerais de direito quanto ao equilíbrio, proporcionalidade e isonomia no resguardo dos direitos dos cônjuges só estarão presentes com a atuação do profissional na área do Direito, o advogado.

No corpo da escritura pública será identificado o advogado, sua qualificação (nome, número inscrição na OAB, estado civil, nacionalidade, endereço do escritório) e o nome de quem assiste. O advogado estará presente pessoalmente e assinará o livro, no qual será lavrada a escritura pública, juntamente com seu cliente e os demais interessados, rubricando todas as páginas.

4.3. Gratuidade da Escritura e Atos Notariais

Dispõe o art. 1.124-A, § 3º, que "a escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei".

Esse dispositivo é de suma importância para também abrigar a aplicação dos novos dispositivos da Lei nº 11.441/07 àqueles considerados pobres pela lei. Basta o interessado manifestar de próprio punho, expressamente, que a sua situação econômica não permite o pagamento das despesas com a escritura e demais atos notariais no inventário, separação e divórcio consensuais. A *mens legis* equivale ao prescrito pelo art. 1.512 do Código Civil,

que trata da gratuidade das despesas para a habilitação do casamento das pessoas cuja pobreza for declarada. Por analogia, em tese, pode-se buscar raciocínio com espeque na Lei nº 1.060/1950 e do art. 5º, LXXIV, da CF, nos casos de assistência gratuita no judiciário.

Aquele que inserir declaração falsa ou diversa da que deveria constar, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, responderá pelo cometimento do crime de falsidade ideológica, *ex vi* art. 299 do Código Penal¹².

A assistência por advogado particular não afasta o direito da parte à assistência judiciária, pois não há previsão legal obrigando-a a recorrer aos serviços da assistência judiciária¹³.

A declaração de pobreza será ofertada no cartório de notas e conterà seus termos no bojo da própria escritura ou através de outro documento público apartado, mas integrante da escritura pública a que se destina o pleito da benesse.

Será de suma importância o papel positivo e atuante das Corregedorias de Justiça para levar à prática o objetivo da presente lei.

A gratuidade abrangará apenas as despesas com a escritura e atos notariais não se estendendo aos impostos e tributos exigidos pelas legislações municipais, estaduais e federais, em especial aos impostos de transmissão de bens no inventário ou entre vivos na separação ou divórcio consensuais. A gratuidade concedida é definitiva e integral, não se permitindo a validade do benefício por determinado prazo sob certa condição ou fracionado.

Houve aí um equilíbrio, pois o esforço dos Cartórios, não cobrando das pessoas pobres, certamente será compensado com o resultado positivo obtido nas separações e divórcios concretizados mediante o pagamento das despesas cartoriais.

¹² Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

¹³ RT 707:119; STJ-Bol.AASP 1.703/205.

Como a assistência judiciária é individual, a isenção será proporcional ao pagamento que recairia sobre a responsabilidade da pessoa considerada pobre, mantendo-se a obrigação dos demais na proporção que lhes for correspondente por suas participações no ato e apuradas baseando-se no cômputo dos bens e quinhões patrimoniais que lhes forem beneficiados.

Poderá ocorrer que uma das partes assuma, no acordo, arcar com a quitação das despesas notariais integrais ou parciais de outros partícipes da escritura pública.

A interpretação da veracidade da declaração de pobreza para fins de sua admissão é decisão exclusiva do Tabelião na via administrativa, depois de examinar as circunstâncias e documentos de cada caso concreto quanto à veracidade das alegações do estado de miserabilidade. Se o Tabelião estiver convicto de que o interessado não preenche os requisitos legais para ser considerado pobre e gozar da gratuidade das despesas notariais, indeferirá o pleito de forma motivada, expondo as razões do seu convencimento.

Restará ao que se sentir prejudicado promover perante o juízo competente (vara de registros públicos, nas comarcas em que esteja instalada) processo judicial para impelir o Tabelião lavrar a escritura pública, sob os auspícios da gratuidade, nos termos do § 3º do art. 1.124-A do CPC. O ônus da prova será do Tabelião, pois a presunção *juris tantum* é a favor do declarante.

5. DIREITO INTERTEMPORAL

O art. 4º da Lei nº 11.441/07 estabeleceu sua vigência a partir da data da sua publicação, ocorrida em 05.01.2007.

Assim, desde 05.01.2007, os interessados têm à disposição a possibilidade de proceder através de escritura pública extrajudicial ao inventário, a separação e ao divórcio consensuais, se adequados às normas da Lei nº 11.441/07.

Os interessados em condições de utilizarem-se das premissas da novel legislação, mas que estejam em curso processo judicial pendente para alcançar idêntico propósito, terão de primeiramente

obter sentença homologatória de desistência deste processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VIII). Transitada em julgado a sentença homologatória da desistência, por não ter emergido qualquer efeito jurídico, possível aos interessados buscarem seus intentos através da escritura pública.☐

A Distribuição do Ônus da Prova na Perspectiva dos Direitos Fundamentais

Robson Renault Godinho

Promotor de Justiça/RJ. Mestre em Direito Processual Civil-PUC/SP

1. INTRODUÇÃO

O estudo de temas processuais em uma perspectiva constitucional¹, embora não seja propriamente uma novidade², ainda não é realizado com a frequência necessária, o que faz com que alguns institutos tenham sua eficácia reduzida na efetiva tutela de direitos,

¹ Fala-se em Direito Processual Constitucional (jurisdição constitucional) e Direito Constitucional Processual (princípios processuais na Constituição). Amplamente, com outras indicações bibliográficas: DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo: Introdução ao Direito Processual Constitucional**. V. 1. Curitiba: Juruá, 2003, p. 107/135.

² Alguns exemplos dessa abordagem, apenas a título de ilustração: TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974. COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie costituzionali e giusto processo”. **Revista de Processo** nº 90, RT, abril/junho de 1998. “Garanzie minime del giusto processo civile negli ordenamenti Ispano-Latinoamericani”. **Revista de Processo** nº 112, RT, outubro/dezembro de 2003. MORELLO, Augusto M. **Constitución y Proceso**. Buenos Aires: Platense, 1998. PORTO, Sergio Gilberto (org). **As Garantias do Cidadão no Processo Civil: relações entre Constituição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. TUCCI, José Rogério (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: RT, 1999. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo: Introdução ao Direito Processual Constitucional**. V. 1. Curitiba: Juruá, 2003. GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: RT, 2003. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição**. São Paulo: RT, 8ª ed, 2004. TUCCI, José Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. CRUZ, José Raimundo Gomes da. **Estudos sobre o Processo e a Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: RT, 1999. SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005. MIRANDA, Jorge. “Constituição e Processo Civil”. **Revista de Processo** nº 98. RT, abril/junho de 2000. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais”, disponível em www.mundojuridico.adv.br, acesso em 01/08/06. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2004, e **Teoria Geral do Processo**. São

por não serem compreendidos sob o ângulo da realização dos direitos fundamentais.

Se uma abordagem constitucional dos institutos processuais já se justificaria pela proeminência da Constituição, seja na análise da compatibilidade normativa, seja em virtude da veiculação de diversas normas referentes ao direito processual, o direito fundamental de acesso à justiça irradia seus efeitos por todo o processo, na medida em que o entendemos como o instrumento apto à realização de direitos fundamentais³.

O objeto desse trabalho limita-se exatamente à análise de um dos institutos que, por não ser examinado constitucionalmente, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal⁴, mostra-se inadequado em sua função de garantir a tutela de direitos: o ônus da prova.

Paulo: RT, 2006, além de vários artigos disponíveis em seu sítio pessoal: www.professormarinoni.com.br. Registre-se, ainda, que moderna obra sistemática sobre o processo civil é inaugurada exatamente com estudo sobre a relação entre o processo e os direitos fundamentais: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2006. Registre-se a constante preocupação de BARBOSA MOREIRA com as repercussões das normas constitucionais no estudo do processo, cujo reconhecimento se traduziu em oportuna homenagem coordenada por Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, que recebeu significativo título: **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006. Lembre-se de que EDUARDO COUTURE, ainda na primeira metade do século anterior, dedicou ao estudo da relação entre a Constituição e o Processo o primeiro volume de seus Estudos de **Derecho Procesal Civil** (Buenos Aires: Depalma, 3ª ed, 2003). Também CALAMANDREI e FIX-ZAMUDIO possuem importância histórica no estudo entre a Constituição e Processo (cf., MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. "Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional". **Revista de Processo** nº 111, RT, julho/setembro de 2003. Nesse estudo, além do exame dos trabalhos de Fix-Zamudio, há interessantes notícias sobre os trabalhos de Couture e Calamandrei).

³ "Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais", disponível em www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216, acesso em 01/08/06).

⁴ "Acórdão que decidiu controvérsia acerca da distribuição do ônus da prova com base exclusivamente na legislação infraconstitucional pertinente. Hipótese em que ofensa à Carta da República, se existente, seria reflexa e indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária. Incidência, ainda, das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo desprovido". (AI-AgR 405738/MG, Relator Min. Ilmar Galvão, DJ 19-12-2002, p. 00079). "Processual. Tempestividade de recurso. Fundamento da decisão agravada inatacadado. Ônus da prova. Controvérsia infraconstitucional. Ofensa indireta à CF. Reexame de fatos e provas (Súmula 279). Regimental não provido" (AI-ED-AgR 439571/SP, Relator Min. Nelson Jobim, DJ 26-03-2004, p. 00022). "Agravo regimental a que se nega provimento, por tratar o recurso extraordinário de matéria processual referente ao reexame do julgamento dos embargos de declaração opostos na instância de origem e à distribuição do ônus da prova". (AI-AgR 352324/DF Relatora Min. Ellen Gracie, DJ 19-04-2002, p. 00056). "Direito constitucional e processual civil. Recurso extraordinário. Procuração a Defensor Público: inexigibilidade. Alegação de ofensa ao art. 37, § 6º, da C.F.: tema não prequestionado (súmulas 282 e 356). 1. Tem razão o agravante quando sustenta a inexigibilidade de procuração a Defensor Público. 2. Não, porém, quando insiste na subida do Recurso Extraordinário, em face dos termos do acórdão extraordinariamente recorrido. 3. É que o aresto reconheceu a culpa *in vigilando* do Município, ora recorrente, com base em circunstâncias de fato, que não podem ser reexaminadas por esta Corte, em Recurso Extraordinário (Súmula 279). 4. E, quanto à

Com efeito, se em seu formato mínimo o ato de julgar pode ser visto como a incidência de normas jurídicas aos fatos⁵ afirmados pelas partes perante o Judiciário, a produção de provas⁶ assume particular importância no resultado do processo e, conseqüentemente, na concretização do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que é o meio disponível para o convencimento do juiz e para a tutela do direito lesionado ou ameaçado de lesão.

inversão do ônus da prova, focalizou questão processual, que somente poderia ser revista, em Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, da C.F.). Este, porém, manteve o não seguimento de tal Recurso, com trânsito em julgado, ficando preclusa tal questão. 5. Não pode, ademais, ser examinada a alegada violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, seja porque os arestos da Apelação e dos Embargos Declaratórios não os focalizaram (Súmulas 282 e 356), seja porque se valeram de fundamentos estranhos à norma constitucional em questão (Súmula 283). 6. E é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em Recurso Extraordinário, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais. 7. Agravo improvido". (AI-AgR 223022/RJ), Relator Min. Sydney Sanches, DJ 24-11-2000, p. 00091). Na Espanha e na Argentina, por exemplo, a análise da distribuição do ônus da prova pelos respectivos Tribunais Constitucionais trouxe evidentes progressos na compreensão do tema (cf. AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª ed. Navarra: Civitas, 2005, p. 121 e seguintes. PEYRANO, Jorge W. (dir.). WHITE, Inês Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, *passim*).

⁵ Mesmo nos processos em que se discute apenas matéria de direito, há questões fáticas subjacentes, existindo verdadeira comunicação entre norma e fato. No controle abstrato de normas, por exemplo, existe espaço para instrução probatória, como resulta claro do exame dos artigos 6º, 7º, § 2º, 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 9.868/99. Sobre a figura do *amicus curiae*, especialmente no controle abstrato de normas, inclusive sobre sua contribuição para a instrução do processo, é fundamental a leitura do trabalho de Cássio Scarpinella Bueno, com o qual conquistou a Livre-Docência na PUC/SP: *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: 2006, *passim*.

⁶ "A função da prova no processo consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio" (BARBOSA MOREIRA. "Anotações sobre o título 'Da prova' do Novo Código Civil". *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 36, julho/agosto de 2005, p. 12), o que, adiantamos desde já, está longe de significar que sirva para a busca da "verdade" no processo, por absoluta impossibilidade lógica (cf. MAIA, Gretha Leite. "O papel da lógica jurídica na teoria das provas". *A Expansão do Direito: estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*. Haradja Leite Torrens e Mario Alcoforado (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004). Para Michele Taruffo, apesar das dificuldades que cercam a determinação da verdade dos fatos, a justiça da decisão judicial passa necessariamente pela busca da verdade no processo, que é denominada de verdade relativa e deve ser buscada dentro de um contexto processual específico ("La prova dei fatti giuridici." *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni (coord.). Milão: Giuffrè, 1992, p. 143 e ss. v. III, t. 2, sez. 1), já que "a prova é o instrumento de que dispõem as partes e o juiz para determinar no processo se podem ou não ser considerados como verdadeiros os enunciados relativos aos fatos principais do caso, a partir da premissa de que no processo é possível, com critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica desses fatos", sendo que "o verdadeiro problema não é se a verdade dos fatos deve ou não ser buscada no processo e tampouco se a verdade pode ou não ser alcançada em abstrato, senão compreender qual é a verdade dos fatos que pode e deve ser estabelecida pelo juiz para que constitua o fundamento da decisão" (entrevista publicada na tradução espanhola de sua obra antes citada: *La Prueba de los Hechos* (trad., Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 525). Anote-se que, embora os progressos científicos contribuam para uma maior aproximação da "verdade" dos fatos afirmados, a cientificação probatória não resolve todos os problemas, nem dispensa o juiz de uma análise dos demais elementos da causa. Como bem destaca Michele Taruffo, "a resposta científica à necessidade de certeza e confiabilidade do raciocínio decisório é, pois, importante sempre que ela seja realmente possível, mas sem dúvida ela não pode ser considerada como uma solução fácil e completa de todas as dificuldades que se enfrentam para formular a decisão" (Senso comum, experiência e ciência no raciocínio

Dessa forma, se o cumprimento do ônus probatório pode significar a tutela do direito reclamado em juízo, parece-nos intuitivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça⁷.

do juiz. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: Síntese, nº 3, 2001, p. 95). A utilização da prova científica e sua relevância para o resultado do processo também repercutem no estudo da coisa julgada, especialmente no que se refere à sua revisão, tema, aliás, que é mais um exemplo da repercussão dos direitos fundamentais no processo civil. Sobre a desconsideração da coisa julgada, reportamo-nos a duas obras básicas, onde se encontrarão outras referências: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2006. TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: RT, 2005. Vê-se, pois, que o problema da "verdade" no processo é extremamente complexo. O processo é formado pela argumentação jurídica dos sujeitos de que dele participam e, se normalmente depende da reconstrução de situações fáticas, não significa que sua finalidade seja a busca da "verdade" - mesmo a denominada "formal", especialmente porque não há nenhuma validade ou vantagem na utilização da dicotomia formal/material nesse particular -, mas, sim, do convencimento motivado do julgador. Na realidade, tanto quanto possível, as partes e o juiz devem investigar os fatos do modo mais amplo permitido pelos naturais limites cognitivos de um processo judicial, a fim de estabelecer uma compreensão plena dos elementos relevantes para a decisão de uma causa. Entretanto, por diversos motivos uma investigação profunda pode ser frustrada ou até impedida, seja por razões humanas, lógicas ou legislativas (por exemplo: técnicas de cognição). Nesse quadro, o conhecimento possível sobre os fatos pode não ser pleno e exauriente, mas suficiente para legitimar uma decisão judicial. Importa estabelecer que o necessário é que o julgador indique, na fundamentação, as razões de seu convencimento acerca dos fatos importantes para a resolução da causa. Como destaca Barbosa Moreira, em um autêntico Estado de Direito não basta que o órgão judicial esteja convencido de tal ou qual proposição seja verdadeira ou falsa, mas que indique na sentença as razões de seu convencimento. ("Prueba y motivación de la sentencia", **Temas de Direito Processual** (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107). Aliás, sobre a verdade, vale reproduzir uma poesia de Carlos Drummond de Andrade, para ilustrar o afirmado: "A porta da verdade estava aberta,/mas só deixava passar/meia pessoa de cada vez./Assim não era possível atingir toda a verdade,/porque a meia pessoa que entrava/só trazia o perfil de meia verdade./E sua segunda metade/voltava igualmente com meio perfil./E os meios perfis não coincidiam./Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta./Chegaram ao lugar luminoso /onde a verdade esplendia seus fogos./Era dividida em metades/diferentes uma da outra./Chegou-se a discutir qual a metade mais bela./Nenhuma das duas era totalmente bela./E carecia optar./ Cada um optou conforme /seu capricho, sua ilusão, sua miopia" (Verdade. **Poesia Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002, p. 1240. Originalmente, a poesia foi publicada no livro **Corpo**, de 1984).

⁷ A garantia constitucional do acesso à justiça não é incompatível com a existência das denominadas condições da ação, já que, se é verdade que todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que dela não sejam merecedores, não é menos verdade que o processo é o instrumento para a satisfação daqueles que efetivamente sejam titulares da situação material afirmada. Ou seja: a ação concretamente exercida é passível de controle de admissibilidade por meio da implementação de condições impostas pelo ordenamento. Isso, no entanto, não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade desarrazoadas, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de se vedar indevidamente o acesso à justiça. Nesse sentido, vale transcrever a seguinte decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, que bem demonstra que as condições são legítimas desde que não embarquem desarrazoadamente o acesso à tutela jurisdicional: "Es consolidada doctrina de este Tribunal que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) no conlleva el reconocimiento de un derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre el fondo de la cuestión planteada ante ellos, resultando aquél satisfeco con una decisión de inadmisión siempre y cuando la misma sea consecuencia de la aplicación razonada de una causa legal. Ahora bien, si cuando esa decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos el juicio de constitucionalidad ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, como aquí ocurre, el principio hermenéutico pro actione opera con especial intensidad, de manera que si bien el mismo no obliga 'la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles', si proscribire aquellas decisiones de inadmisión que 'por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican" (*Apud* PÉREZ, Jesús González. **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**. 3ª ed. Madri: Civitas, 2001, p. 74/75).

Se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estar-lhe-á sendo negado o acesso à tutela jurisdicional⁸.

Com efeito, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente de que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a conseqüência inevitável de ser-lhe negada a tutela de direitos.

Em suma, a distribuição do ônus da prova pode fazer do processo apenas um arremedo de acesso à justiça.

Para a plena efetividade do processo é imprescindível o correto manejo da técnica⁹, não escapando dessa realidade as regras sobre a instrução do processo, mas os instrumentos disponíveis devem ser adequados às exigências para a efetiva tutela do direito material, não bastando a previsão formal de meios inidôneos para a realização de direitos¹⁰.

Ao tratar de alguns temas fundamentais do processo civil moderno, Barbosa Moreira afirmou que "muito há que se investigar, por exemplo, sobre a medida em que se pode tornar flexível, em razão

⁸ Como corretamente disse Eduardo Couture, a lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto a lei que impossibilite a defesa (Ob. cit., p. 48).

⁹ Sobre a importância da técnica para a efetividade do processo: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Efetividade do processo e técnica processual". **Temas de Direito Processual**, Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2004. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006.

¹⁰ "Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional" (MARINONI. "O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais", disponível em www.professormarinoni.com.br, acesso em 01/08/06).

de peculiaridades da matéria litigiosa, o regime de distribuição do *onus probandi* estabelecido no art. 333 [do Código de Processo Civil]¹¹. Será nosso propósito tecer alguns apontamentos, ainda que presos às limitações materiais, formais e pessoais deste texto, sobre a distribuição do ônus da prova, tendo como base a previsão de inversão judicial prevista do Código de Defesa do Consumidor e a garantia constitucional do acesso à justiça.

Para o desenvolvimento de nosso estudo, é fundamental fixar a seguinte premissa: a distribuição do ônus da prova é, antes de tudo, uma questão constitucional¹².

Em diversas situações, estaremos diante de casos difíceis¹³, como as lesões pré-natais¹⁴, questões inerentes a atividades de risco¹⁵, que envolvam direitos fundamentais, direitos transindividuais, entre outros, para os quais as regras ortodoxas de distribuição do ônus da prova são insuficientes e, se aplicadas, levarão a uma inadequada tutela de direitos, frustrando a expectativa constitucionalmente legítima de acesso à justiça.

É bem verdade que o legislador brasileiro vem se preocupando com a insuficiência probatória e sua repercussão na formação da coisa julgada nos processos coletivos, mas nos parece que a discussão deve avançar ainda mais, a fim de que se busque uma maior flexibilização das regras da distribuição do ônus da prova à luz das peculiaridades do direito material e do caso concreto.

Esperamos poder fornecer subsídios que contribuam para a discussão sobre o ônus da prova, cujo estudo já foi considerado a

¹¹ BARBOSA MOREIRA. "Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: Direito Processual Civil". **Temas de Direito Processual** (Quarta Série). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 4.

¹² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. "O ônus da prova na jurisdição das liberdades". **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

¹³ MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la Prueba en Procesos Complejos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Na teoria da argumentação, fala-se ainda em "casos trágicos", em que "não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema" ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Perelman, Toulmin, MacCormik, Alexy e outros. Maria Cristina Guimarães Cupertino (trad.). São Paulo: Landy, 2000, p. 335.

¹⁴ WALTER, Gerhard. **Libre Apreciación de la Prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del convencimiento judicial**. Tomás Banzhaf (trad.). Bogotá: Temis, 1985, p. 242/243.

¹⁵ AROCA, Juan Montero. **La Prueba en el Proceso Civil**. 4ª ed. Navarra: Civitas, 2005, p. 127/128.

coluna vertebral do processo civil¹⁶, a partir de sua compreensão na perspectiva dos direitos fundamentais¹⁷.

2. ÔNUS DA PROVA: GENERALIDADES

Para os fins deste texto, é desnecessária uma exposição sistemática sobre a noção de ônus da prova¹⁸, bastando traçar as linhas básicas que caracterizam sua estrutura e finalidade.

A idéia básica sobre o ônus da prova é, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício¹⁹, servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre fatos relevantes.

¹⁶ ROSENBERG. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Angela Romera Vera (trad.). Tomo II. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 228.

¹⁷ Sobre a teoria dos direitos fundamentais, cuja exposição, mesmo sintética, não será realizada no corpo deste trabalho, mas dele é premissa inafastável, valem ser conferidas as seguintes obras de referência, cada qual com ampla indicação bibliográfica complementar: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.) e Ruth Zimmerling (rev.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁸ Em clássica passagem, James Goldschmidt considerou ônus como sendo um "imperativo do interesse próprio", transmitindo uma idéia relacionada a situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, acrescentando que o ônus se refere ao aproveitamento de uma possibilidade que beneficiará a parte diligente, não sem antes anotar que a mais grave culpa perante si mesmo é a perda de uma oportunidade (*Derecho Procesal Civil*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona: Labor, 1936, p. 203). Para uma exposição sistemática sobre o ônus da prova, vale conferir, entre outros: ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. V. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2002 (um interessante exame da clássica teoria de Rosenberg foi feito por Pedro Ferreira Múrias: *Por uma Distribuição Fundamental do Ônus da Prova*. Lisboa: Lex, 2000). MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Santiago Sentís Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2004. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2001. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. ARENHART, Sérgio Cruz. "Ônus da prova e sua modificação no processo civil". *Revista Jurídica* nº 343. Porto Alegre: Notadez, maio de 2006. Embora não o tenhamos consultado diretamente, deve ser mencionado o estudo clássico de Soares de Faria, por sua importância no desenvolvimento do tema no país: *Principais Teorias Relativas ao Ônus Probandi*. São Paulo: RT, 1936.

¹⁹ Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZÁID, Alfredo. *Do ônus da prova*. *Estudos de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 64/66). O aspecto "motivacional" é mencionado por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 72. Interessantes abordagens sobre a persistência e a atenuação do ônus subjetivo da prova podem ser encontradas em PACÍFICO e BADARÓ, em suas obras citadas na nota abaixo (p. 139/152 e p. 185/190, respectivamente).

As regras sobre a distribuição do ônus da prova incidem em um estado de incerteza cognoscitiva do julgador, servindo como artifício para que o julgamento seja proferido mesmo diante de penúria probatória.

Diversos fatores, como as presunções legais²⁰ e o comportamento das partes²¹, podem influir no encargo de produção da prova, mas, ainda assim, pode-se chegar ao final do processo sem que os fatos relevantes estejam esclarecidos.

Mesmo com a utilização dos amplos poderes instrutórios do juiz²², pode persistir uma incerteza fática que exija a utilização das regras de distribuição do ônus da prova.

Como o *non liquet* em questões de fato não conduz a um *non liquet* em questões de direito²³, as regras sobre o ônus probatório são uma conseqüência da insuficiência ou ausência das provas para a resolução de determinado processo, decorrendo, assim, de um quadro de incerteza fática. Ou seja: o ônus da prova se planta no terreno da dúvida²⁴.

A persistência de um insuficiente material probatório, portanto, compele o juiz a lançar mão das normas sobre distribuição

²⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA. "As presunções e a prova". **Temas de Direito Processual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. "Anotações sobre o título 'Da prova' do Novo Código Civil". **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, nº 36, julho/agosto de 2005. ARENHART, ob. cit., p. 47/48. Sobre o tema, especificamente relacionado às ações de paternidade, vale mencionar interessante obra coletiva coordenada por Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei: **Prova, Exame Médico e Presunção - O art. 232 do Código Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2006.

²¹ Cf. BARBOSA MOREIRA. "La negativa de la parte a someterse a una pericia médica (según el nuevo Código Civil brasileño)". **Revista de Processo**, nº 113, RT, janeiro/fevereiro de 2004.

²² Sobre os poderes instrutórios do juiz, vale conferir os textos de Barbosa Moreira incluídos na já citada quarta série de seus Temas: O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos; Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo; Sobre a "participação" do juiz no processo civil. Mais recentemente, do mesmo autor: O processo, as partes e a sociedade. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, nº 5, agosto de 2003. Confirmam-se, ainda: BEDAQUE. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. Amplamente, especialmente sobre a compatibilização entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, com farta indicação bibliográfica: LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o Princípio Dispositivo**. São Paulo: RT, 2006, p. 109 e ss. Para o debate da questão no processo penal: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003. Alguma notícia do tema no direito comparado em: LLUCH, Xavier Abel. JUNOY, Joan Pico. (coord.). **Los Poderes del Juez Civil em Materia Probatoria**. Barcelona: JM Bosch, 2003. LLUCH, Xavier Abel. **Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil**. Barcelona: Bosch, 2005. No Superior Tribunal de Justiça, merecem ser consultados o REsp 17591/SP e o REsp 151924/PR.

²³ ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Angela Romera Vera (trad.). Tomo II. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 221.

²⁴ Cf. BADARÓ. Ob. cit. p. 27/28.

do ônus da prova, espécie de *ultima ratio* que lhe permite sair de uma situação embaraçosa, constituindo verdadeira tábua de salvação²⁵.

O descumprimento do ônus da prova não implica julgamento desfavorável - assim como seu cumprimento não significa necessariamente o acolhimento da pretensão -, já que a prova suficiente pode ser trazida ao processo pela outra parte, pelo próprio juiz ou pelo Ministério Público, mas pode significar o aumento do risco de uma decisão desfavorável, razão pela qual as partes devem estar cientes das regras de distribuição²⁶.

A idéia básica sobre a repartição do ônus da prova, portanto, está na atividade probatória que incumbe a quem a prova aproveita, chegando Rosenberg a elaborar um princípio geral: cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência da norma favorável ao êxito de sua pretensão processual²⁷.

Na correta síntese de Luiz Guilherme Marinoni sobre o pensamento clássico na matéria, "a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos"²⁸.

É essa, basicamente, a doutrina inspiradora do artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro, em que são fixadas as regras gerais sobre o ônus da prova, abstratas e independentes do caso concreto²⁹.

Como veremos nos itens seguintes, esse regramento é insuficiente e não atende às especificidades dos casos concretos e do

²⁵ BARBOSA MOREIRA. "Julgamento e ônus da prova". *Temas de Direito Processual* (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1980, p. 79/80.

²⁶ MARINONI. *Teoria Geral...* cit., p. 328.

²⁷ *Tratado...* cit., p. 222.

²⁸ "Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto". Disponível em www.professormarinoni.com.br/admin/users/30.pdf, acessado em 30/06/2006.

²⁹ Na linha, aliás, do pensamento de Rosenberg (*Tratado...* cit., p. 227).

direito material, tratando estática e uniformemente situações diferenciadas.

3. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: PROVA E ACESSO À JUSTIÇA

A relevância das regras sobre o ônus da prova na concretização dos direitos fundamentais levou Canotilho a propor o deslocamento do direito à prova "do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional"³⁰, identificando uma carência de estudos nessa perspectiva³¹.

Realmente, à garantia constitucional da tutela de um direito afirmado em juízo segue-se a possibilidade efetiva de sua apreciação pelo Judiciário³². O direito de ação compreende a oportunidade de o autor influir no convencimento do julgador, participando efetivamente do processo, existindo um verdadeiro direito à prova³³, considerado um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo³⁴.

Na certa lição de Luiz Guilherme Marinoni, "o direito de acesso à jurisdição - visto como direito do autor e do réu - é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato - ou como um simples direito de propor ação e de apresentar defesa -, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo - seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender - a partir da idéia de que obstáculos econômicos e sociais não

³⁰ CANOTILHO. *O ônus...* cit., p. 170.

³¹ "Há muito tempo que os juspublicistas dão conta de que, no direito constitucional, e, mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso déficit quanto ao direito à prova. Escusado será dizer que a ausência de estudos sobre o direito constitucional à prova significa também a inexistência de problematização jurídico constitucional relativa a categorias jurídicas tão importantes como a do ônus da prova" (CANOTILHO. *O ônus...* cit., p. 169).

³² Cf. MARINONI. *Teoria Geral...* cit., p. 215.

³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. 2001.

³⁴ DINAMARCO, p. 47.

podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito a usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade".³⁵

Parece-nos, pois, que a distribuição do ônus da prova é uma questão constitucional³⁶, sendo que "a remissão sistemática do regime jurídico do ônus da prova para o direito processual legalmente estabelecido pode, porém, suscitar sérias interrogações em domínios tão sensíveis num Estado de Direito democrático-constitucional como é o do regime de direitos liberdades e garantias"³⁷.

Nessa medida, o legislador infraconstitucional não é livre para a ampla restrição da inversão do ônus da prova, podendo-se falar em limites constitucionais materiais no caso de a distribuição do ônus frustrar a fruição de um direito fundamental.

Em suma, "a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta à garantia de acesso útil à justiça"³⁸, restringindo-se indevidamente o exercício de um direito fundamental³⁹, não sendo ocioso lembrar que deve ser garantida à parte o direito de participar do processo influenciando seu resultado⁴⁰.

É oportuno finalizar esse item lembrando que o procedimento estruturado de acordo com as situações de *directo* material integra a proteção dos *directos* fundamentais, já que "*los derechos a*

³⁵ MARINONI. *Teoria Geral...* cit., p. 310.

³⁶ Cf. SOARES, Fábio Costa. *Acesso do Consumidor à Justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, *passim*.

³⁷ CANOTILHO. *O ônus...* cit., p. 170.

³⁸ KNIJNIK, Danilo. "As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação do senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*". *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 943.

³⁹ O tema das restrições aos direitos fundamentais é vasto e possui alta complexidade, não cabendo ser analisado nesse espaço, razão pela qual nos remetemos a trabalhos sobre o tema, onde se encontrarão outras referências: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.) e Ruth Zimmerling (rev.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴⁰ "A participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental" (OLIVEIRA. *O Processo Civil...* cit.).

procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a 'una protección jurídica efectiva'. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos. [...] El hecho de que en ámbito de los derechos fundamentales las normas procedimentales no puedan proporcionar todo no significa que deban ser subestimadas. Allí donde las normas procedimentales pueden aumentar la protección de los derechos fundamentales, está exigidas prima facie por principios iusfundamentales⁴¹.

4. A INVERSÃO JUDICIAL GENÉRICA DO ÔNUS DA PROVA

A inversão ou modificação⁴² do ônus da prova à luz das circunstâncias do caso concreto é prevista basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor e enseja diversas controvérsias⁴³, sendo relevante para nosso estudo tratar apenas da finalidade do dispositivo e de algumas repercussões de sua aplicação.

A possibilidade de inversão do ônus da prova visa a facilitar a produção probatória⁴⁴, o esclarecimento e a resolução das questões de consumo. Rompe-se, assim, com a idéia de que bastam regras estáticas e abstratas para distribuir a responsabilidade de produção da prova no processo, havendo necessidade de se examinarem as particularidades do caso concreto, seja em razão da verossimilhança da alegação, seja em virtude da hipossuficiência da parte, cuja vulnerabilidade independe de sua situação econômica.⁴⁵

⁴¹ Ob. cit., p. 472/474.

⁴² Sérgio Cruz Arenhart, no trabalho citado na nota 18, sustenta a preferência pela expressão "modificação do ônus da prova", por não se tratar de verdadeira "inversão". Embora suas objeções sejam razoáveis, manteremos a denominação tradicionalmente utilizada na bibliografia pátria.

⁴³ Interessante exame de vários problemas relacionados com o tema, com ampla citação doutrinária e jurisprudencial, pode ser encontrado em: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. "Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor". RT, nº 807, janeiro de 2003. Também vale conferir a exposição panorâmica feita por André Bonelli Rebouças: **Questões sobre o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁴⁴ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 794/795.

⁴⁵ Idem. Cândido Rangel Dinamarco entende que, se o Ministério Público for o autor de uma ação envolvendo relação de consumo, não haverá inversão do ônus da prova por não haver hipossuficiência (ob. cit., p. 80). Não concordamos com essa posição por, ao menos, dois motivos: 1) a inversão pode ocorrer também em razão da verossimilhança das alegações (embora não seja esta uma autêntica hipótese de inversão, mas assim é considerada

O momento da inversão do ônus da prova depende do convencimento⁴⁶ do juiz e, normalmente, entende-se que somente ocorre quando da prolação da sentença⁴⁷.

Mais complexa é a análise do campo de aplicação da possibilidade de inversão do ônus da prova.

Com efeito, havendo basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor uma regra que permita a inversão judicial do ônus da prova, uma análise superficial do tema levaria à conclusão de que se trata de possibilidade confinada às relações de consumo, não se aplicando em nenhuma outra hipótese, já que toda exceção deve ser interpretada restritivamente.

pela lei) e não só da hipossuficiência; 2) a hipossuficiência não é só econômica, podendo haver hipóteses em que, por exemplo, questões técnicas exijam a inversão para a efetiva tutela dos direitos. Nesse sentido: SOARES. Ob. cit., p. 241 e seguintes.

⁴⁶ "Perceba-se que, ao se admitir que a regra do ônus da prova tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, pode atenuar ou inverter o ônus probatório na sentença ou mesmo invertê-lo na audiência preliminar". MARINONI, Luiz Guilherme. "Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto". Disponível em www.professormarinoni.com.br/admin/users/30.pdf, acessado em 30/06/2006.

⁴⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2002, p. 338. WATANABE. Ob. cit., p. 796. Alfredo Buzaid, entendendo que o ônus da prova é regra de julgamento, possuía opinião restritiva a esse respeito: "Justamente por se tratar de uma regra valorativa de julgamento, a oportunidade em que deve ser aplicada é a da prolação da sentença, concluindo o processo. O juiz não deve entrar no seu exame na pendência da causa, nem advertir as partes das incertezas da prova, nem, finalmente, do encargo que toca a cada qual; tão-só depois de produzidas ou não as provas e de examinadas todas as circunstâncias de fato é que o juiz recebe da lei o critério que há de plasmar o conteúdo de sua decisão" (ob. cit., p. 66/67). Entretanto, vem tendo boa acolhida a idéia de que as partes devem ser comunicadas da inversão do ônus da prova, em respeito ao princípio do contraditório, evitando surpresas aos litigantes. Boa análise do tema por Carlos Roberto Barbosa Moreira: "Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor". **Revista de Processo**, nº 86, RT, abril/junho de 1997, p. 305/308. Na síntese de Fredie Didier Jr., "deve a inversão, pois, ser feita em momento que permita àquele que assumiu o encargo livrar-se dele" (**Curso...** cit., p. 515). Dinamarco entende que a efetiva inversão do ônus da prova é realizada no momento da decisão, mas o juiz deve advertir as partes sobre seus ônus probatórios e sobre a possibilidade de inversão, como decorrência do disposto no art. 331, parágrafo 2º do Código de Processo Civil (ob. cit., p. 81/82). Aproximadamente no mesmo sentido, entendendo que essa advertência se trata de "boa política judiciária": WATANABE. Ob. cit., p. 797. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio da edição do enunciado nº 91 da súmula de sua jurisprudência predominante, estabeleceu que "a inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença", com base na justificativa de que "a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, não é legal mas judicial, pelo que o fornecedor seria surpreendido, se se considerasse a sentença como momento processual da inversão, em afronta ao princípio do contraditório" (os enunciados da súmula da jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro podem ser consultados no endereço eletrônico www.tj.rj.gov.br, no ícone "consultas" - "jurisprudências" e, depois, "súmulas" -; para conhecer a justificativa, é necessário consultar o teor da sessão de julgamento, a partir do número fornecido no próprio enunciado sob análise. Pensamos que sempre deva ser dada ciência às partes da inversão do ônus da prova, possibilitando a oportunidade de seu cumprimento em prazo razoável, especialmente porque também ao juiz interessa uma instrução satisfatória, que poderá ser atingida com a decisão de inversão, variando o momento dessa decisão de acordo com a convicção formada no decorrer do processo.

Entretanto, em uma leitura constitucional do tema, pensamos que a inversão do ônus da prova é condicionada às peculiaridades do direito material e serve como instrumento concretizador do direito fundamental de acesso à justiça, não podendo ficar limitada às relações de consumo⁴⁸.

Raciocinar de maneira diversa seria o mesmo que reconhecer que somente as relações de consumo merecem tratamento diferenciado, o que é um lamentável desvio de perspectiva⁴⁹.

Como bem observa Luiz Guilherme Marinoni, "há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito a inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material. Caso contrário teríamos que raciocinar com uma das seguintes hipóteses: i) ou admitiríamos que apenas as relações de consumo podem abrir margem ao tratamento diferenciado do ônus da prova; ii) ou teríamos que aceitar que outras situações de direito substancial, ainda que tão características quanto as pertinentes às relações de consumo, não admitem tal tratamento diferenciado apenas porque o juiz não está autorizado pela lei"⁵⁰.

É necessário perceber que "a inversão do ônus da prova é imperativo de bom-senso quando ao autor é impossível, ou muito difí-

⁴⁸ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise. "Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais". *Revista da AJURIS* nº 90. Porto Alegre: AJURIS, junho de 2003. ABELHA, Ob. cit., p. 208/211. LEONOEL, Ob. cit., p. 340/342. A favor da aplicação dessa regra no processo do trabalho: TEIXEIRA FILHO. Ob. cit., p. 128. MACHADO JR. Ob. cit., p. 145/147.

⁴⁹ Recente reforma legislativa também privilegiou somente as relações de consumo, ao permitir que a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, possa ser declarada de ofício pelo juiz (parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil). Correta a abordagem de Daniel Amorim Assumpção Neves, ao comentar a inovação legislativa: "é absolutamente defensável a tese de que a hipossuficiência do consumidor que fundamentaria esse cuidado maior do juiz no caso concreto também possa ser verificado em outras hipóteses, alheias às relações de consumo, como ocorre, por exemplo, com o incapaz ou com a mulher casada. É inegável que a distribuição de petição inicial em foro muito distante do competente, com o intuito de prejudicar o exercício da ampla defesa por parte do réu, também poderá ocorrer em situações alheias às relações de consumo. Se o propósito da nova norma legal é evitar abusos do autor nas hipóteses em que a escolha do foro prejudica o efetivo direito de defesa do réu hipossuficiente, outras situações, além das relações de consumo, devem também ser contempladas" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. RAMOS Glauco Gumerato. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 414).

⁵⁰ "Formação da convicção..." cit.

cil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência."⁵¹

Na realidade, a inversão do ônus da prova deve ser estendida a todas as situações em que as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil gerem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa⁵². Isso porque "a inversão do ônus da prova é imperativo do bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência"; sendo que, nos casos em que a produção da prova é muito difícil ou impossível para ambas as partes, chegando o juiz ao final do procedimento sequer a uma convicção de verossimilhança, "determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo autor", invertendo-se o ônus da prova.⁵³

Não permitir, em determinadas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar jurisdição, já que, "tratando-se de matéria de fato, de nada adianta alegar sem convencer o julgador. Não obstante, costuma vigorar a regra de que o autor deve provar o fato constitutivo do seu direito e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, pouco importando a situação de direito substancial que é oferecida ao conhecimento do juiz, ou pouco importando a extrema dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade prática que aquele, a quem a norma de direito substancial outorga um direito, possui para demonstrá-lo em júízo. Neste sentido, se acaso realmente se deseja um processo que seja efetivamente capaz de garantir o ordenamento jurídico, é de se considerar as situações em que praticamente não é possível demonstrar um direito, trabalhando-se, então, com técnicas processuais que

⁵¹ Idem.

⁵² GRECO, Leonardo. "As provas no processo ambiental". *Revista de Processo*, nº 128, RT, outubro de 2005, p. 48. Ainda, do mesmo autor: "A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil". *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, p. 369.

⁵³ MARINONI. *Teoria Geral...* cit., p. 331/332.

permitam a inversão do ônus da prova ou a denominada prova indiciária⁵⁴.

Contra a extensão genérica da inversão do ônus da prova, objetiva-se com a exigência de necessidade de lei⁵⁵, sob pena de "grave violação" do devido processo legal⁵⁶. Entretanto, a inversão do ônus da prova também integra o devido processo legal, especialmente nas hipóteses em que a distribuição formal do encargo impossibilitar o acesso efetivo à justiça. Trata-se de situação em que deve haver ponderação de interesses, em juízo de proporcionalidade⁵⁷, e, desde que se dê ciência às partes, parece-nos que se deva prestigiar a tutela dos direitos. O próprio direito à prova decorre do devido processo legal, já que as partes possuem o direito de participar do processo, *provando*⁵⁸.

⁵⁴ MARINONI. "Prova e simulação". Disponível em www.professormarinoni.com.br/admin/users/02.pdf, acessado em 30/06/06. Também favorável à extensão da regra da inversão: SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A Inversão do Ônus da Prova como Garantia Constitucional do Devido Processo Legal**. São Paulo: RT, 2002, p. 96/105.

⁵⁵ O Superior Tribunal de Justiça faz uma interessante distinção para efeitos de distribuição de ônus da prova, sem respaldo legal evidente, mas sim fático: "Embargos de divergência em Recurso Especial. Justiça gratuita. Concessão do benefício. Pessoa jurídica. Alegação de situação econômica-financeira precária. Necessidade de comprovação mediante apresentação de documentos. Inversão do onus probandi. I- A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei 1.060/50. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre as pessoas física e jurídica, quais sejam: a) para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em 'estado de perplexidade'; b) já para a pessoa jurídica, requer-se uma bipartição, ou seja, se a mesma não objetivar o lucro (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física, conforme anteriormente salientado. II- Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, a sistemática é diversa, pois o onus probandi é da autora. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. III- A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente: a) declaração de imposto de renda; b) livros contábeis registrados na junta comercial; c) balanços aprovados pela Assembléia, ou subscritos pelos Diretores, etc. IV- No caso em particular, o recurso não merece acolhimento, pois o embargante requereu a concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar qualquer prova de que encontra-se impossibilitado de arcar com os ônus processuais. V- Embargos de divergência rejeitados." (EREsp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJ 22.09.2003 p. 252).

⁵⁶ LEONARDO. Ob. cit., p. 222. Para Rui Manuel de Freitas Rangel, "a maior ou menor dificuldade de produção da prova não deve, por si só, justificar a inversão do ônus da prova, sob pena de se desvirtuar a natureza e a essência da prova e poder descaracterizar o papel do julgador, o que é prejudicial para a certeza e a segurança do direito" (ob. cit., p. 192). Como já anotado, Rosenberg era peremptoriamente contrário à distribuição concreta do ônus da prova, por violar a segurança jurídica (La Carga... cit., p. 84/85).

⁵⁷ Cf. PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio da Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

⁵⁸ Cf. CAMBI. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 38.

Em síntese, como a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça.

5. A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Como decorrência da insuficiência das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, vem merecendo a atenção da doutrina a denominada "teoria dinâmica do ônus da prova"⁵⁹. Essa teoria foi batizada com essa denominação pelo processualista argentino Jorge W. Peyrano, mas não revela uma idéia absolutamente original⁶⁰, nem mesmo uma vinculação com essa nomenclatura, embora possa se dizer que possivelmente a idéia subjacente a essa teoria será mesmo conhecida como distribuição "dinâmica" do ônus da prova⁶¹.

⁵⁹ Até onde pudemos verificar, essa teoria, com essa denominação, é especificamente examinada nos seguintes trabalhos: SOUZA, Wilson Alves de. "Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas". *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, v. VI. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1996. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. "Distribuição dinâmica dos ônus probatórios". RT, v. 788, junho de 2001. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002, p. 137/146. CÂMARA, Alexandre Freitas. "Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução". *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 31, outubro de 2005. CAMBI, Eduardo. *Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, p. 340/346. KNIJNIK, Danilo. "As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação do senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*". *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil*, v. 1. 6ª ed. Salvador: JusPodivum, 2006, p. 519/522. SOARES, Fábio Costa. Ob. cit., p. 176/182. Sérgio Cruz Arenhart menciona essa expressão, mas, após noticiar seu amplo uso na jurisprudência norte-americana, prefere a denominação "modificação necessária" do regime do ônus da prova (ob. cit., p. 52/57). Ada Pellegrini Grinover noticia que, no anteprojeto de um Código de Processo Coletivo por ela coordenado, "a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova" ("Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos". *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 14).

⁶⁰ Alexandre Câmara vê sua origem remota na obra de Bentham (ob. cit., p. 13), no que é acompanhado por Maximiliano García Grande (*Las Cargas Probatorias Dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005, p. 45). Inês Lépori White menciona que em 1957 a Corte Suprema da Argentina já havia decidido com base em critérios "dinâmicos" (Cargas Probatorias Dinámicas. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Jorge W. Peyrano (dir.). Inês Lépori White (coord.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 71) e Maximiliano García Grande cita como precedente mais remoto um julgado de 1933 (ob. cit., p. 47). Entretanto, não podemos deixar de reconhecer a importância da formulação e da divulgação das idéias que decorrerão dessa formulação doutrinária para o incremento do debate sobre a distribuição do ônus da prova. Na Argentina, além de diversas adesões na jurisprudência, produziu-se uma recente e importante obra coletiva que bem releva a aceitação da teoria: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Jorge W. Peyrano (dir.). Inês Lépori White (coord.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Críticas a essa teoria são bem sintetizadas no citado estudo de Maximiliano García Grande.

⁶¹ Veja-se, por exemplo, a transcrição de trecho da Ada Grinover em nota anterior, consagrando a expressão, bem como os trabalhos doutrinários citados.

A idéia básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la⁶².

Isso significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações.

Trata-se de uma teoria excepcional e residual⁶³, que necessariamente será objeto de cuidadosa fundamentação por parte do julgador, com a necessária ciência⁶⁴ dos sujeitos envolvidos.

Em interessante síntese, por essa teoria "há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. [...] Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a " natureza" do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo"⁶⁵.

Na jurisprudência brasileira já se encontram exemplos da aplicação dessa teoria⁶⁶ e pode-se dizer que a idéia é semelhante ao que se denomina de princípio da aptidão para a prova⁶⁷. Na Espanha,

⁶² É interessante que, para saber quem está em melhores condições de produzir a prova, pode haver necessidade de instrução (BARBERIO, Sergio. "Cargas probatorias dinámicas: que debe proba rel que no puede probar?" *Cargas... cit.*, p. 102).

⁶³ PEYRANO, Jorge. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir en materia jurídica". *Cargas... cit.*, p. 87.

⁶⁴ Entendendo que a inversão só deve ocorrer na sentença, sem que se possa falar em surpresa às partes: WHITE. *Ob. cit.*, p. 73.

⁶⁵ DALL'AGNOL JUNIOR, *ob. cit.*, p. 98.

⁶⁶ Cf. DALL'AGNOL JUNIOR, *ob. Cit.*, p. 100/106. Na Argentina a aplicação jurisprudencial é farta, inclusive pela Suprema Corte (cf. *Cargas... cit.*, *passim*).

⁶⁷ MACHADO JR., César. *O Ônus da Prova no Processo do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 145. No processo do trabalho, aliás, a interpretação sobre a distribuição do ônus da prova é peculiar. Entendendo haver "colisão frontal" entre o disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil e o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, Manoel Antonio Teixeira Filho considera que na interpretação desse artigo específico está o fundamento para justificar

já se decidiu que não se pode exigir de uma das partes uma prova impossível ou diabólica, nem se podem adotar regras de distribuição do ônus da prova que produzam situações de supremacia ou privilégio de alguma das partes⁶⁸, sendo que o artigo 217.6 da Ley de Enjuiciamiento Civil prevê regras complementares ao princípio geral de distribuição do ônus da prova, levando em consideração a facilidade e a disponibilidade da produção da prova⁶⁹.

Embora admita a adoção dessa teoria no direito brasileiro, Danilo Knijnik aponta que devem ser impostos alguns limites, como a rigorosa análise sobre efetivamente quem está em melhores condições de produzir a prova, afastando a formação da *probatio diabolica* inclusive a reversa, e o respeito ao contraditório⁷⁰. Concordamos com essas ponderações, mas nos parece que são limites que devem ser impostos a qualquer teoria, já que, em última análise, o autor propugna uma aplicação criteriosa da distribuição dinâmica do ônus da prova, sempre respeitando a Constituição.

A adoção dessa teoria enseja outros problemas, como a possibilidade de desvirtuamento de quem possui melhores condições de produzir a prova⁷¹, mas nos parece ser a que melhor serve para o desenvolvimento de um processo efetivamente preocupado com os direitos fundamentais.

a inversão do ônus da prova em prol do trabalhador, em virtude da desigualdade material existente entre as partes. Segundo esse autor, o artigo 333 do Código de Processo Civil é uma "presença incômoda" que deve ser proscrita do processo do trabalho, representando uma abstração da realidade prática (**A Prova no Processo do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 120/126). Para César Machado JR., embora não haja substancial diferença entre os mencionados diplomas legais, entende que o regramento é insuficiente para resolver a questão da distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, parecendo-lhe que, face a finalidade protetiva do direito do trabalho, todo o ônus da prova deveria ser do empregador (Ob. cit., p. 126/128 e 135. Na nota 29 da página 135, César Machado Jr. transcreve a seguinte ementa: "Ônus da prova. É sempre do empregador quando se discute o cumprimento de direitos previstos na legislação do trabalho. Inspira cuidados a decisão que transfere para o empregado o ônus de provar que não recebeu salário, que não teve folga semanal, que não teve intervalo de descanso, ou que o FGTS não foi recolhido. Presumir o cumprimento das leis sociais pelo empregador é como dar vida a uma convenção nula" - TRT/SP, 02990138239 RO, Ac. 9ª T. 20000143426, Rel. Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, DOE 18.04.00).

⁶⁸ Cf. AROCA. Ob. cit., p. 121.

⁶⁹ Idem, p. 121/123.

⁷⁰ Ob. cit., p., 947/948.

⁷¹ Cf. PEYRANO, Jorge. "Nuevos delineamientos de las cargas probatorias dinámicas". **Cargas...**, cit., p. 21.

Embora não encontre norma legal explícita em nosso ordenamento, a inversão dinâmica do ônus da prova decorre dos seguintes princípios⁷²: igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça.

Mesmo sem utilizarem a expressão teoria dinâmica, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem essa mesma idéia: "na verdade, deve ter o ônus de provar, de acordo com as peculiaridades da situação concreta, aquele que está na condição mais favorável para produzir a prova. Isso quer dizer, exatamente, que, nas situações em que o autor não pode provar o que alega, o juiz deve inverter o ônus da prova, esteja ele diante de uma relação de consumo ou não"⁷³.

Conclui-se, assim, que a insuficiência das regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova são insuficientes, sendo necessário o desenvolvimento de teorias que visem a possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre as diversas desigualdades existentes entre os litigantes, certamente a distribuição do ônus da prova pode ser, antes de um fator de agravamento dessa desigualdade, uma forma de amenizar a disparidade real existente no processo.

A insuficiência⁷⁴ da regra estática do ônus probatório é evidente e incompatível com o efetivo acesso à justiça.

Com razão Leonardo Greco, quando afirma que "o importante é que as regras sobre o ônus da prova não sejam manipuladas para tornar impossível a prova dos fatos, mas ao contrário, para tornar efetivo o direito de cada uma das partes de que sejam produzidas todas as provas que possam lhe interessar. Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do perdedor, o que compromete irremediavelmen-

⁷² Cf. DIDIER JR. *Curso...* cit., p. 521.

⁷³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 5, tomo I. São Paulo: RT, 2000, p. 205.

⁷⁴ Interessante abordagem feita por Eduardo Cambi: *A Prova...* cit., p. 332/340.

te a imparcialidade do juiz. Nesse caso, o juiz deve usar os seus poderes de iniciativa probatória, para tentar ir em busca das provas que não estão ao alcance das partes⁷⁵.

Por mais que se acredite que o processo seja inspirado pela boa-fé⁷⁶ objetiva, cooperação⁷⁷ e solidariedade entre os sujeitos que o compõem e mesmo admitindo que o juiz use efetiva e corretamente de seus amplos poderes instrutórios, o certo é que a regra estática da distribuição do ônus da prova estimula a acomodação da parte ré, quando se sabe que a prova dos fatos constitutivos pela autor é extremamente difícil, incentivando sua inércia⁷⁸, passando a ser mera espectadora processual.

A fixação prévia e rígida das regras de distribuição pode provocar comportamentos "estratégicos" dos litigantes, o que, em última análise, pode afetar a tutela dos direitos.

As regras de distribuição do ônus da prova podem de antemão traçar a sorte dos litigantes e, nessa medida, estão umbilicalmente ligadas ao acesso à justiça.

Aquele que vai ao Judiciário para proteger um direito afirmado e encontra regras abstratas que lhe atribuem a demonstração de determinados fatos, cuja prova, circunstancialmente, é de difícil ou impossível produção, tem a garantia de acesso à justiça atendida apenas formalmente, já que não terá sua pretensão examinada adequadamente pelo julgador.


Para um processo de resultados comprometido com o acesso à justiça, a distribuição do ônus da prova não pode ser apenas uma preocupação com a existência formal de uma decisão judicial, devendo ser o instrumento para a efetiva tutela de direitos.

⁷⁵ "As provas no processo ambiental", cit., p. 48.

⁷⁶ Sobre o princípio da boa-fé e suas várias facetas e repercussões nos campos do Direito, inclusive no campo processual, confira-se uma interessante obra coletiva, editada em dois volumes: **Tratado de la Buena Fe en el Derecho**. Marcos M. Córdoba (dir.). Lidia M. Garrido Cordobera e Viviane Kluger (coord.). Buenos Aires: La Ley, 2005. Mencione-se, ainda, o trabalho de Brunela Vieira de Vincenzi: **A Boa-fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

⁷⁷ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo". Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 29 de junho de 2006.

⁷⁸ Cf. ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 206.

Em conclusão, "quando a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito", devem ser evitadas teorias abstratas e apriorísticas, impondo-se "soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias"⁷⁹.

⁷⁹ CANOTILHO. *O ônus...* cit., p. 175.

Direito à Privacidade e Liberdade de Expressão

Celso Felício Panza

Juiz de Direito (aposentado) do TJ/RJ.

Aflora ao debate, momentosamente, o aparente conflito entre dois direitos basilares; o de privacidade e o de expressão. Este em função daquele estaria sofrendo restrições ameaçadoras de sua liberdade constitucional. Ao credo de muitos a prática da censura, impositivamente vedada, está sendo exercida. Neste confronto desenha-se o conteúdo da discussão. Quem exerce, se exerce e porque, a nominada censura, configura o substrato e razão maior do presente trabalho, motivado pela incessante busca científica.

A sistematização dos direitos individuais, de forma alguma, sob pena de ineficácia, definiria e garantiria direitos excludentes. Ocorreria sua frustração, a didática do erro, logo que o direito existe para realizar-se. A dogmática que elaborou, construiu e criticou, antecedentemente à codificação, os direitos elencados e sustentados na cidadania, o fez sob fundamento do valor pensante mais alto do processo legislativo; a crítica.

Nessa caminhada acadêmica não seria permitido enxergar a árvore sem ver a densa floresta que se projeta nos direitos de personalidade, enfim, nos sagrados direitos individuais que alicerçam a nação.

O direito à privacidade, que condensa as espécies tuteladas no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, protege o estatuto pessoal do cidadão relativamente à sua vida privada e personalidade e caracteriza-se por ser somente ele o árbitro de quando e como po-

derá se ter acesso às suas informações, corolários de sua individualidade, sacrário inviolável de sua personalíssima existência. Evidentemente, sendo um direito inerente à vida do cidadão, embora não figure no *caput* da norma, é dele um desdobramento. Englobados por essa rubrica, privacidade, concentram-se como direitos conexos à vida, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. A violação desses valores humanos gera punição, que a norma constitucional híbrida, desse passo, apena pela via do ressarcimento pecuniário, apurados os danos morais e materiais, conseqüências da violação.

O direito de livre expressão, com abordagem múltipla em possíveis externalizações, configura amplo espectro. Assim, mandamenta o artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal, serem livres as expressões intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, sem que possam sofrer qualquer censura prévia. Egressa da formação do processo da natureza, em que evidentemente se insere o homem como seu ser mais perfeito e do sucesso da personalidade humana como produto e criação da história, a livre expressão galgou patamares superiores pela ampliação do domínio do ser humano sobre a natureza, harmonizando também com proveito as relações sociais.

Estão posicionados, sem nenhuma digressão histórica maior, que comprometeria o fundamento da monografia, face à exaustão dos limites, os direitos em embate.

A garantia da livre expressão tem como destinatário o direito coletivo a que se dirige, em que se insere o direito de cada um de recepcioná-la, seja de etiologia intelectual, artística, científica ou de comunicação. De ordem restrita quanto às três primeiras manifestações e ampla referentemente à comunicação em geral. Em qualquer desses direitos a possibilidade da coexistência com o direito de privacidade é viável, admissível, desejada e legalmente correta. A fronteira que divide a razão da pacífica convivência é a ordem pública. Nesse divisor de interesses, outro direito desponta como garantidor e harmonizador de todos os direitos; o de que não "se excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito", explicitação contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Se direitos constitucionais fossem legados à sociedade, principalmente os individuais, para lançarem-se em testilha, sem condições de compatibilização e convívio, voltaríamos ao tempo da barbárie, em que o livre arbítrio era padrão de conduta. Com o humanismo e a Revolução Francesa, precedida pela americana, por princípios oriundos desses movimentos marcados para toda a posteridade, o Estado se tornou depositário das liberdades, frutos do livre arbítrio, para através do direito positivo, principalmente quanto às regras imanentes ao cidadão, buscar a harmonia social e o bem comum. Qualquer desvio dessa finalidade estaria sujeito ao Judiciário para prevalência e reposição do conhecido e acatado estado de direito.

Em razão dessa conquista do homem organizado socialmente, na qual a integralidade do bem comum nunca atingiu razoáveis e expressivas proporções, não seria civilizado nesta quadra da existência do Estado, entendido como nação politicamente organizada, e das corporações, voltar ao demérito e desvario da negação do direito.

Assim, para salvaguarda legal dos direitos, principalmente os individuais, o limite da liberdade para sobrevivência deles, sem comprometimentos, se houver conflito, é a ordem pública, que desponta altaneira e intransponível, democraticamente definida pela sociedade através de suas leis de regência, legitimadas na representação popular. Se há ameaça ou violação de direitos garantidos, interfere o poder competente para harmonizar o desequilíbrio instaurado, restabelecendo a higidez da relação ameaçada ou violada. A máxima notória e comezinha de cessar um direito onde começa outro, incide nesse casuísmo com ficta aparência de conflito.

A livre expressão é irmã da privacidade, tanto filosoficamente, entendidos tais elementos humanos como a interpretação hipotética do desconhecido ou do inexatamente conhecido, como juridicamente, regulados como direitos de personalidade. Isto por fundamento singelo e de fácil aferição, que tomba sob os sentidos do homem medianamente inteligente. O direito de expressão nasce da reflexão e da profundada indagação inteligencial, tecido na priva-

cidade do talento, na intimidade absolutamente exclusiva da personalidade, que se manifesta de forma plural pelo intelecto, na senda artística ou científica, agigantando-se ainda no poder da comunicação, esta aproximando os povos e fazendo a simbiose dos espíritos. A raiz desses componentes da existência do ser humano, única e uniforme, explica-se na transcendência da individualidade em seus vários fenômenos que desafiam historicamente a humanística no curso dos séculos, alargando-se para além das previsões acanhadas que o homem lança para o futuro. A aspereza da interpretação, na apequenada percepção humana, sempre trôpega para sinalizar os melhores preceitos que trariam harmonia social e felicidade humana, sucumbe diante da vastidão dos próprios e valiosos questionamentos, quer filosófica ou juridicamente, induzindo dificuldades que, por vezes, geram o enfrentamento dos dois valores, repita-se sempre, aparentemente antagônicos; privacidade e livre expressão.

A semente que se multiplica e germina sob a mesma raiz, do mesmo gênero, não pode em razão da lógica, que estuda e pontua todas as ciências, ser diversa em suas criações. Não é possível, portanto, estabelecerem antinomia, direitos de personalidade, individuais, fundamentais, egressos do mesmo processo dogmático-legislativo.

Na equação que adiante se propõe, constata-se com clareza a ilogicidade do aparente confronto .

Afirme-se que se intelectualmente, artística ou cientificamente é invadido o direito à privacidade de um cidadão, diga-se, por meio de um livro, uma peça teatral ou por força de descoberta científica, nessa destinação coletiva - assegurada pela Constituição - a que se dirigem essas manifestações do pensamento, da personalidade, embrionárias na livre expressão individual, está também o direito violado de quem tem, concomitantemente, o direito de receber a manifestação da livre expressão. Qual o direito maior? Qual direito interessa preservar? Aquele que o lesado em sua privacidade tem direito a receber ou o que ao mesmo tempo, isocronicamente, invadiu sua privacidade? Estamos em que o limite está na ordem pública, iteramos sempre.

Fica patente a inexistência de confronto e a evidente cogestão de direitos de personalidade assemelhados - individuais - por óbvio, originários que são do mesmo tronco, do mesmo corpo. Embutido no direito a receber a livre expressão, dirigência e destinação coletivas, estaria o direito violado. A livre expressão, intelectual, artística, científica e de comunicação é ambivalente. Convivem o direito de se expressar, personalíssimo, e o direito coletivo de conhecimento da expressão, ambos com privilégio de serem livres, sem censuras de qualquer natureza.

O objetivo do presente trabalho, deflagrada sua feitura visando ao pensamento acadêmico, tem finalidade específica. Dirige-se a magistrados, vertente maior do conflito interpretativo e ao debate geral. Primeiramente, desnecessário dizer, existir especificidade no propósito, relativamente ao direito de informação originado na mídia - comunicação - com a possibilidade de seu esvaziamento, face ao direito à privacidade, havendo interferência do Judiciário na prestação jurisdicional, quando retira por força de sua função, o direito de todos à informação, por entendê-la lesiva ao direito de privacidade. Estaria o Judiciário exercendo poder de censura defeso na regra constitucional. Este o cerne da polêmica. Aquí o ponto nodal, a essência a demandar estudo, pesquisa, necessária e exaustiva abordagem por todos que cultuam as liberdades democráticas.

Sem a definição e conseqüente garantia da ampla e livre prática dos direitos fundamentais - perenes e chancelados de pétreos, porque imodificáveis - de forma a permitir a coexistência deles sem embates ou conflitos em que se neutralizem ou se neguem, resvalando para a inércia da impossibilidade de movimentação, ausentes do virtual estado de defesa que os assegura, de nada valeria o sentido da representação ou a vontade soberana do sufrágio popular, que todos os povos com lágrimas e sofrimentos construíram envoltos em luta.

O direito constituído e proclamado como imperativo tem origem na luta por ele, "a luta pela existência é a lei suprema de toda a criação animada; manifesta-se em toda a criatura sob a forma de instinto da conservação. Entretanto para o homem não se trata somente da vida física, mas conjuntamente da existência moral, uma

das condições da qual é a defesa do direito. No seu direito o homem possui e defende a condição da sua existência moral. Sem o direito, desce ao nível do animal", conforme deixou certo Rudolf Von Ihering.¹

Nessa caminhada construtiva das nações, no curso da história, o vértice maior é o ser humano, princípio, meio e fim de todos os direitos com sua inexcedível personalidade, nutriz maior e mais nobre dos direitos essenciais, onde figuram com destaque a privacidade e a livre expressão, direitos fortemente ligados pelos traços pessoais do homem.

Ainda no século XVIII, definia Kant a personalidade como sendo "a liberdade e a independência diante do mecanismo da natureza inteira, o que eleva o homem acima de si mesmo".²

Pode-se assim, sem esforço pragmático, considerar a personalidade como um microcosmo estratificado por três espécies de fatos ou de fenômenos - biológicos, psíquicos e sociais; a primeira corresponde à evolução filogenética do homem-espécie; a segunda à evolução sociogenética do homem sociedade; a terceira e última à evolução ontogenética do homem-indivíduo, em que ele adquire, em proporção ou concomitantemente com o grau de heterogeneidade do meio social, características singulares de caráter, de emotividade, de imaginação, de inteligência, atingindo a personalidade seu mais alto nível no homem de gênio.

Esses predicamentos inerentes à ontogenética, que em variados graus vestem a personalidade de maiores ou menores dotes, interessam exclusivamente ao estatuto pessoal de cada cidadão e só a ele é dado dispor quanto à permissibilidade de acesso ao cofre que encerra sua privacidade, sendo um cidadão comum. Na medida em que se põe ao pleito de cargo público e pretende sua investidura, a ontogenética fica ligada visceralmente ao aspecto sociogenético. Sua personalidade não interessa exclusivamente ao seu círculo restrito em que expõe sua ontogenia; interessa a todos pelo sagrado direito de representação.

¹Rudolf Von Ihering; **A Luta Pelo Direito**; p. 46, Editora Forense, 1972, Tradução de João Vasconcelos.

²Emanuel Kant; "Las Grandes Corrientes Del Pensamiento Contemporaneo", em Joaquim Pimenta, **Enciclopédia de Cultura**, p. 274, Primeira Edição, 1955, Livraria Freitas Bastos.

O homem público que recorre à justiça com a finalidade de inibir publicidade de sua vida que exporia sua privacidade, tem no Poder Judiciário a recepção ou não desse direito, proibindo-se ou não a divulgação de fitas ou outros meios pelos quais o direito de personalidade figura. Haveria censura no ato judicial que recepciona o pleito? A indagação atravessa cátedras e desafia personalidades do mundo acadêmico. Juristas e jornalistas declinam convicções.

Prestar jurisdição, em hipótese alguma, é exercer censura. Não se pode retirar do Judiciário a função de exame de lesão a direito. Em posição contrafeita admitir, seria prestigiar a derrocada das instituições, com comprometimento do próprio regime democrático, que serve com abrangência e de forma maior à comunicação. Publicistas de nota, nacionais e estrangeiros, sem cisões ou desencontros, unanimemente, visibilizam na função judicial a mais excelente do Estado, e o fazem porque no topo da pirâmide social está o objetivo máximo dessa formação doutrinária - o ser humano. A razão conceitual está em que sem sua atuação, todas as outras funções resultam inermes, sem armas para subsistirem ou fazerem prevalentes seus ideários. Portanto de imensa desvalia sustentar a não-interferência do Judiciário, havendo ameaça ou violação de direito. Seria a introdução ao caos social, a permissividade e ruína de todo o universo jurídico, pois se direitos máximos - de personalidade - ficam ao desabrigo de seu garante - o Poder Judiciário - direitos de menos expressão estariam lançados na vala comum do desrespeito, resultando suprimidos por falta de garantia.

Os órgãos de comunicação, todos, responsáveis que são, devem recusar a liberdade a qualquer preço, nunca proclamá-la, devendo submeter a consciência ao valor desse preço, perguntando-se se ele não seria o afastamento por insurreição, de sua própria liberdade, já que as liberdades em sua universalidade não mais estariam garantidas pela função estatal que as garante. Reiteramos, portanto, antes da negação açodada de qualquer direito, por conflito aparente com outro, o direito irrecusável que rege todos os outros interesses, de ver garantido pelo Estado, o direito de exame de lesão a direito, seja ele de que natureza for.

Sem esse norte que é o grande abrigo de todas as liberdades - garantia das normas que regem o convívio social - sucumbem todos os interesses preservados e tutelados pelo direito positivo.

Pode-se dizer que o exercício arbitrário das próprias razões, sem nenhum respeito ao interesse de todos, legislado pelo Estado, seria, aí sim, o exercício da censura de uns aos interesses de todos. Essa ambiência indesejada não interessa a ninguém, muito menos aos órgãos de comunicação, guardiões tradicionais das liberdades.

A liberdade tem limites. A resistência à opressão e ao arbítrio da autoridade é a lei. Por ela e com ela quem se expressa deve se conduzir com responsabilidade. Ninguém desconhece, sendo relativamente informado e educado, como próprio em quem exterioriza pensamento ou convicção intelectual, que direito e dever são virtudes especiais de um mesmo simbolismo objetivo nascido da vontade social; elementos objetivos de uma mesma norma de conduta.

Se de um lado não se pode pregar qualquer liberdade sem limite, a ponto de neutralizar função estatal que disciplina a sociedade como um todo e interfere quando em desacordo com as leis, também não pode o cidadão que pretende exercer cargo público, tornar distantes e de difícil acesso as informações quanto a sua personalidade e a sua própria privacidade, devendo necessariamente abrir seu estatuto pessoal ao conhecimento público, pois o interesse público ele se propõe gerir e conduzir.

Sob esse aspecto convivem os dois direitos; um com regras definidas, liberdade de expressão, outro sofrendo de anomia - pois necessita de normatização. Impõe-se ao homem público ou àquele que pretende investidura em cargo público, tratamento diverso do que se dirige ao homem comum, relativamente à sua privacidade.

Quanto ao excesso na liberdade de expressão em suas múltiplas formas, para o que excede a liberdade, já encontra nas leis de regência barra enérgica que se pode movimentar quando violado ou ameaçado o direito. A ameaça pura e simples já pode ser cortada em seu nascedouro. Não afastada premonitoriamente, a Constituição pune a invasão da privacidade, quando violada. Entendo ser necessária a interferência do Judiciário de forma a evitar a consumação da lesão à privacidade do homem comum, o que não é acei-

tável para o homem público em elementos a serem definidos. Uma coisa é evitar a lesão, outra é a mesma se realizar e após, ser ressarcida. Notável escritor francês, afirmava, "caluniai, caluniai, caluniai, alguma coisa sempre fica". O estigma pode ser evitado antes que a invasão que denigre se consume. Este o casuísmo para a privacidade do homem comum, que deve ser respeitada em qualquer sentido, abrindo-se sua privacidade somente através do Judiciário, em casos próprios - indício criminal - como autorizam as leis e os procedimentos compatíveis.

Para aquele que pretende exercer cargo público, a privacidade não deve ter a mesma inviolabilidade assegurada ao homem comum. Todos os atos de sua vida privada, que se confunde com a pública e com ela estejam indissolúvelmente ligados, não devem estar protegidos da inviolabilidade plena como a do homem comum.

O homem público estará administrando o interesse de milhares de cidadãos e sua personalidade, integralmente, deve ser conhecida por aqueles que por ele serão conduzidos. Existem hoje pequenos traços dessa exigência desejável, como a ciência do patrimônio dos que se investem em cargos públicos.

Aos magistrados, a Lei Orgânica da Magistratura impõe, em seu artigo 35, inciso VIII, "São deveres do magistrado: Manter conduta irrepreensível na vida pública e particular".

Está patente que a conduta irrepreensível na vida particular, dever do magistrado, de certa forma abre seu estatuto pessoal, sua privacidade, ao conhecimento da sociedade. Exige dele a lei, manter-se em total consonância com os mais altos princípios éticos e morais.

Demonstram os magistrados espontaneamente, o que é visível a todos, essa postura em suas vidas particulares.

A fronteira diferencial entre o homem comum e o gestor da coisa pública, define-a a Constituição Federal em seu artigo 37, quando trata "Da Administração Pública". Imperativamente e não dispositivamente, logo que usa o verbo obedecer, dispõe o legislador, "A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência."

À frente da administração pública está o administrador público, que deve pautar sua ação lastreada no respeito às leis - legalidade - de forma impessoal - impessoalidade - com rigorosa atuação dentro dos padrões morais - moralidade - dando absoluta transparência aos seus atos - publicidade.

Ressai clara a ligação dos princípios a que deve estar obediente o homem público, por força da regra constitucional, com a vida privada do gestor da coisa pública.

Habita o homem somente uma moralidade, indissociável em sua ação, quer pública ou privada. Objetivamente a moralidade é um sistema normativo de um juízo de valor.

Moral etimologicamente deriva de *mos* que no grego equivale a *ethos*, que nos trouxe a ética, tido o vocábulo como sinônimo de moral que " é a ciência teórica dos atos individuais e coletivos, divididos em duas categorias diametralmente opostas ou irreconciliáveis: atos bons e atos maus; benfazejos e malfazejos, honestos e desonestos", na lição de Joaquim Pimenta.³

É necessário conhecer a trajetória de vida do homem público, minuciosamente, nos cargos pelos quais passou, em sua intimidade; qual a moralidade que imprimiu em sua conduta. O mesmo deve ocorrer para quem almeja ocupar cargo público. Assim, não deve e não poderia o homem público fechar ao conhecimento do povo seus comportamentos, tanto o que ocupa função pública quanto aquele que pretende nela se investir.

Esse o objetivo que a legislação em senso competencial específico deve buscar e tornar *lege lata*.

Quem fecha as portas para conhecimento de sua identidade, e pretende ocupar cargo público, lacra de suspeito seu comportamento.

Valha lembrar Ghandi, em sua inesgotável sabedoria, falando em reverência às massas que liderava: "Eu não tenho mensagem, minha mensagem é minha vida".⁴

De par com a imprescindível moralidade, a impessoalidade exigida ao homem público em sua gestão, traça também, com nítida

³Joaquim Pimenta; *Enciclopédia de Cultura*, p. 246, Primeira Edição, 1955, Livraria Freitas Bastos.

⁴Ghandi; *The Words Of Ghandi*; p. 38, Tradução de A.B. Pinheiro, Quinta Edição, Editora Record.

das linhas, a necessidade de facultar publicidade à sua intimidade, pois, por claro, os atos censuráveis são clandestinos.

O afastamento do homem público dessa sinalização constitucional e o cometimento de práticas contrárias aos ditames a que está sujeito pressupõem improbidade com perda de cargo e responsabilização nas esferas competentes. Portanto, estatuto totalmente diverso do do homem público, não correspondente de forma alguma ao do homem comum. Estas marcas indeléveis aderentes ao gestor do interesse de todos, colocam-no em dimensão existencial totalmente diversa do comum dos homens.

José Afonso da Silva, constitucionalista de festejados títulos, emérito professor da USP, de seus respeitadíssimos escólios, leciona: "a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, parágrafo 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir à administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades dela decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. A improbidade é tratada ainda com mais rigor, porque entra no ordenamento constitucional como causa de suspensão dos direitos políticos do ímprobo (art. 15, V, que já comentamos), conforme estatui o art. 37, parágrafo 4º, *in verbis*: 'Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'."⁵

Não é preciso dizer que, em caso de iliquidez ou insolvência quanto aos bens do ímprobo, para reposição do erário, ou mesmo dificuldade de situá-los como ocorre de costume, arcará com o dano o povo a quem representa e que recolhe tributos.

⁵ José Afonso Da Silva; *Curso De Direito Constitucional Positivo*, p. 571 / 572, Nona Edição revista e ampliada, 1994, Malheiros Editores.

Este o desenho irresponsável de não poder estar fechada ao conhecimento público a privacidade, a moralidade de quem irá gerenciar ou gerencia a coisa pública; do povo - *publicum, populicum, populum*.

Nessa logística edificada no bojo constitucional, dogmaticamente, não há lugar para dissensão, oposição ou resistências, porque as proposições legais aferidas em sistematização pela lei maior, traduzem a certeza que na ciência da lógica indica e esgota a evidência; enfim, a verdade.

E a verdade, especialmente a legal, não admite negativa ao seu conhecimento, livre de estigmas ou anátemas, limpa, sem nódoas ou vícios que ensombrem a percepção de seu valor absoluto.

Os órgãos da comunicação zelam pelas liberdades, o Judiciário as garante. *Extrema se tangunt*; os extremos tocam-se.

Essa certeza é válida também no campo epistemológico, no criterioso exercício da ciência crítica do conhecimento. O dogmatismo muitas vezes se converte no seu contrário; o cepticismo. Não devem as instituições interessadas permitirem tal descaminho em pretenso conflito de direitos, que antes de se antagonizarem, completam-se.

Acima de qualquer subtração da clara e definida ordem pública, está a verdade legal. E ela não autoriza seu descrédito, até porque é móvel, demanda feitura permanente, estado de vigília, estando em retardo o legislador, em mora com o fato social, como se dá rotineiramente. Se o legislador não suprir a ausência de norma - anomia - ao Judiciário cumpre construir jurisprudencialmente a necessidade do caso concreto, de forma a preencher o hiato legal. Ao Judiciário não é facultado, na ausência de regra específica, deixar de prestar jurisdição, o que felizmente incoorre e, quase sempre, adequadamente, preenche-se o vazio, fenômeno revelado através de seu ato sacerdotal por excelência - a sentença. Ao magistrado é permitido e exigido - *de lege ferenda* - sentenciar de molde a orientar e erigir legislação futura necessária, ainda não realizada e trazida à publicidade.

Clóvis Bevilacqua, discorrendo sobre a Lei de Introdução ao Código Civil, de sua lavra, considerou que "no silêncio da lei, o juiz funciona como revelador do direito latente, porque todas as rela-

ções entre os indivíduos se enquadram na ordem jurídica e devem ser disciplinadas por uma norma de direito. É uma necessidade social. Se a lei é a expressão por excelência do direito, o juiz é o órgão superior de sua aplicação, dirimindo as contendas. Órgão vivo do direito, não pode o juiz eximir-se de cumprir sua missão sob o fundamento de que a lei é obscura ou indecisa, porque a vida social se move sob a proteção do direito, e não se pode sustar, à espera de que o Poder Legislativo, que funciona periodicamente, e elabora o direito por via de discussão, esclareça o ponto duvidoso.⁶⁶

A reflexão delegada pelo inigualável lente, atual, embora vetusta, deve induzir a imagem do magistrado moderno, que para proclamar de seu alto munus público o ideal de justiça, precisa e deve compor a legislação deficitária, ferindo-a e transformando-a se é de sua convicção e sentimento, ou esboçando-a se falta, respaldando-se no estudo sério e científico conquistado ao sabor do tempo, debruçado sobre livros, traço da vida do magistrado em geral.

Viver em perfeita unidade com a sociedade para dizer o direito, deve ser sua missão e alvo únicos. Nesse caminho eleito pela função por si escolhida, para enriquecer sua existência, deve rastrear exclusivamente sua vivência, seu pulsar de absorção dos fenômenos sociais que se avizinham e se mostram, necessitados de mudança, e mais importante, dizê-los, sem receio de censuras, logo que maturados na razão e no bom senso; na prudência enfim. Por vezes, ao seu talante, em solitária decisão, formam-se novas consciências, surgem novos valores, modificam-se casuísmos nefastos, mudam-se regras inaceitáveis até então desafiando soluções.

Na implementação dos direitos, especialmente aqueles que servem, ou por inexistentes e anômalos desservem à nação, a presença do juiz é mais do que necessária, é vital. Essa realidade se infere da própria história do direito, em que magistrados como Orozimbo Nonato, lenda viva de nosso Supremo Tribunal Federal, prestando jurisdição, legislava para o futuro, adaptando, inserindo e compatibilizando as normas no presente, aplicadas aos casos concretos submetidos à sua jurisdição.

⁶⁶ Clóvis Bevilacqua; *Código Civil*. V. 1, p. 84, Edição 1956, Livraria Francisco Alves.

Nada haveria de concorrer mais decisivamente para a decadência da ciência do direito, do que a não-movimentação dessa possibilidade única inerente ao Poder Judiciário.

Do magistrado se espera tal postura, lastreada em sua formação jurídica, sendo esta a maior e mais importante prerrogativa que a lei lhe outorga. Essa missão se inscreve na política judicial praticada em todas as nações cultas e civilizadas.

A força dessa característica que deve compor o perfil de quem presta jurisdição, define-a Del Vecchio, afirmando "que o juiz precisa ser antes de tudo, um jurista, isto é, um homem que deve resumir e viver, por dizê-lo, a unidade do sistema inteiro, compreendido como um organismo vivo e acompanhar, digamo-lo assim, sua seiva, quando sobe das raízes, e, com sua força animadora, se difunde pelos órgãos que o compõem."⁷

Estamos diante da virtude da expansão lógica, que é própria do sistema, precisamente porque ele tem caráter orgânico.

A verdade legal, construída cientificamente, para supressão de vazios legais, é a verdade de justiça, na qual pontifica o magistrado. Ela é incansavelmente perseguida pelos povos e febrilmente procurada de forma a trazer a inefável segurança de que todos se ressentem. Ela transmite como fim teleológico esse valor imensurável, a justiça, filha da legalidade e irmã da prudência. É tema discutido de Platão a Kant, sem muito proveito, não ficando as sociedades, ao menos, devedoras do que se alcançou como normatização positiva do direito imune a dúvidas. Nessa sistematização induvidosa, se inscreve a discussão em consideração, em que fica integralmente às claras, não comportando interrogações acerca de suas verdades, que as normas reguladoras do direito de privacidade do homem comum e do homem público não podem ser as mesmas, pela total diversidade da atuação de ambos no meio social. Esse diferencial de vivências, como exposto, tem base na própria regra constitucional, que exige do administrador público transparência na sua moralidade quando no exercício de cargo público, o que é verdadeiro para quem o pretende, valor de personalidade virtualmente

⁷ Giorgio Del Vecchio; *A Crise Do Direito*, p. 100, Orlando Gomes, " Coleção Philadelfo Azevedo", 1955, Edição de Max Limonad.

ligado e indissociável ao seu direito de personalidade que se plasma em sua privacidade.

Inexistindo regra específica que estabeleça a diferença desse direito de personalidade, pontuando as diferenças entre o homem público e privado, como faz a norma do artigo 37 da Constituição Federal, incumbe e cumpre ao legislador competente suprir a lacuna pela via legislativa.

Persistindo a lacuna sem a necessária provisão legislativa, deve o Judiciário, através de seus membros, nos casos que lhes são submetidos, exarar pelo poder judicante, como faculta e mandamenta a lei, as bases diferenciais relativas à privacidade do homem público, garantindo inviolabilidade a elementos que não dizem respeito ao interesse público, e salvaguardando o direito da sociedade de recepcionar através dos órgãos de comunicação, a publicidade comportamental privada - privacidade - daquele que aspira a assumir cargo público ou já o exerce.

Trata-se de imperativo de segurança para a partilha da representação que todos outorgamos, a qual não pode sustentar-se na insciência de princípios básicos de moralidade e ética que os representados têm o direito de conhecer acerca de seu representante.☐