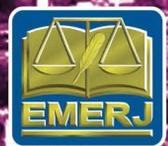
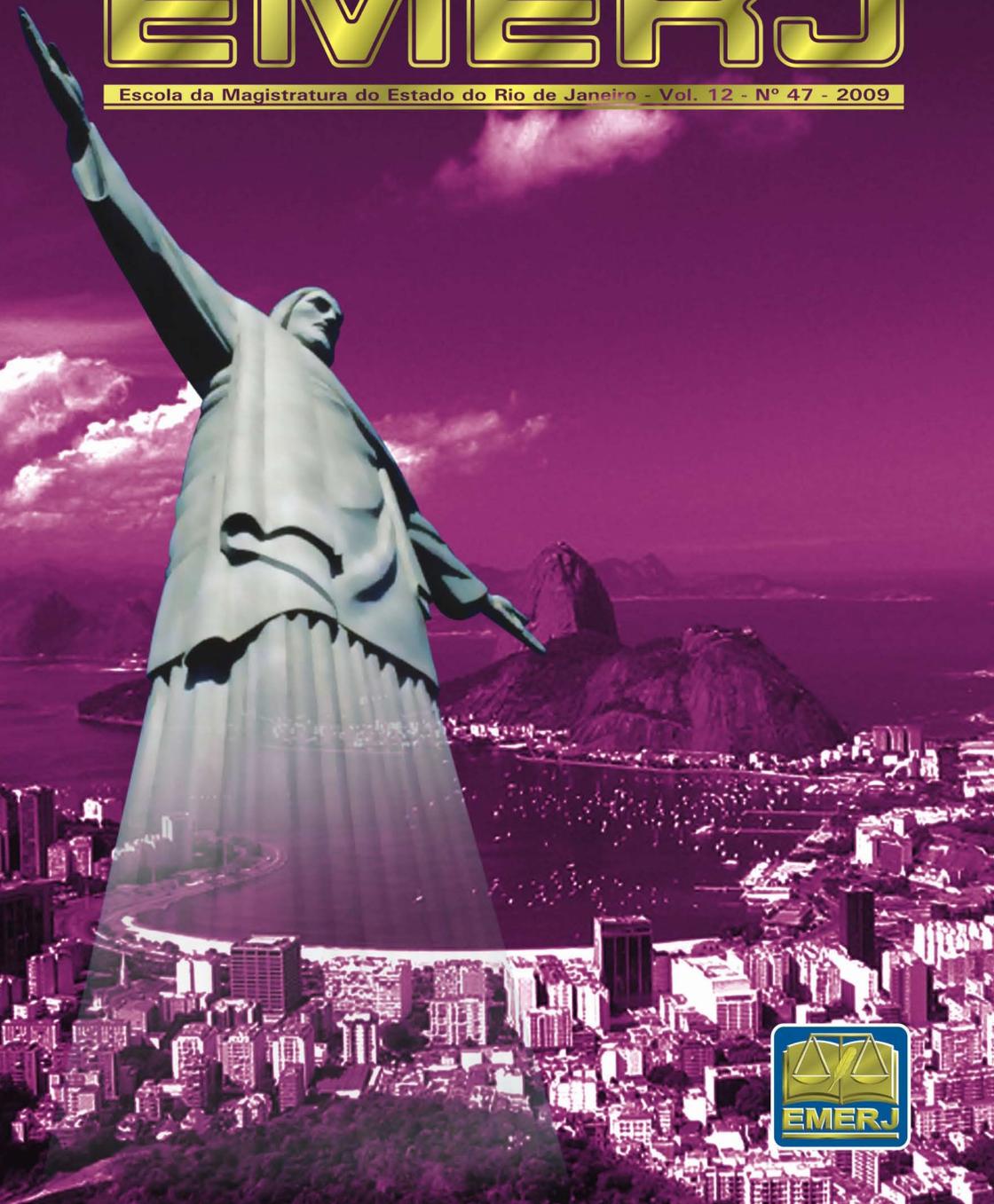


ISSN 1415-4951
(versão impressa)

Revista

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 12 - Nº 47 - 2009



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 12 - n. 47 - 2009
Julho/Agosto/Setembro

Rio de Janeiro

© 2009, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Valéria Monteiro de Andrade; **Editoreção *website*:** Jaqueline Diniz; **Capa:** André Amora;

Revisão ortográfica: Suely Lima, Thereza Andrade e Ana Paula Maradei.

Impressão: Divisão de Artes Gráficas - TJ/RJ.

Tiragem: 3.500 exemplares.

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

Rio de

Janeiro:

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.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

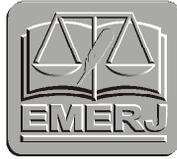
Todos os direitos reservados à

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.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

Conselho Consultivo

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

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. Marcus Henrique Pinto Basílio

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

E eis que chega a Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro ao seu 47º número, dando curso à sua missão de fazer-se leito de límpido regato por onde fluam as teses e experiências no campo jurídico daqueles que com ela colaboram, em contínuo e profícuo trabalho destinado não apenas ao aprendizado do corpo discente desta instituição, como igualmente ao aprimoramento de magistrados e à informação de todos quantos combatam na trincheira do Direito e da Justiça.

E aí vão tratados, fluindo pela pena de expertos, em labor de artífice, momentosos temas, que passeiam do Direito Público ao Direito Privado, do Civil ao Penal, do Constitucional ao Internacional, do Processual ao Consumerista, sendo relevante observar que, neste número, especial ênfase se dá à faina judiciária de fincar entendimentos sobre assuntos controvertidos do dia a dia jurídico, sumulando-os, para que sirvam de roteiro a julgamentos sobre questões idênticas ou semelhantes, e assim, de um lado interpretando conveniente e definitivamente a lei; de outro cobrindo-lhe lacunas - que sempre as há, pois, como o notou jurista de renome internacional, o Direito está sempre em mora com os fatos -; e ainda, de outro, remediando essa mora do Poder Legislativo, deploravelmente cada vez menos preocupado com sua precípua função do que com intermináveis e estéreis discussões, quando não com a atividade que se apelidou de “lavar em casa a roupa suja”. O resultado que se antevê é a tendência de nosso Direito, a cada dia mais marcante, no sentido de caminhar a passos largos para o chamado sistema do precedente judicial, o *case system*, em que a evocação de julgamento de caso semelhante substitui-se à invocação da lei. Sinal dos tempos, sem dúvida.

E assim caminha esta nossa Revista, de leitura obrigatória por quantos se queiram manter atualizados, a passos largos no sentido de seu um dia sonhado - e prestes a ser alcançado - quinquagésimo número.

Que se faça dela o costumeiro bom proveito.

Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

Diretor-Geral da EMERJ



EMERJ

Sumário

Um Trabalho Rápido, Contínuo e Incessante **17**

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos

Desembargador do TJ/RJ.

1. Introdução. 2. Sugestão para aprovação de novas súmulas na área Cível. 3. A grande facilidade de acelerar os julgamentos, tendo-se entendimento já pacificado pelas Câmaras.

Propostas de Enunciados de Súmula **31**

Geraldo Prado

Desembargador do TJ/RJ.

Súmulas aprovadas pela Egrégia Seção Criminal a serem submetidas ao Egrégio Órgão Especial do TJ/RJ com suas justificativas.

Notas às Súmulas Vinculantes Administrativas **34**

Nagib Slaibi Filho

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ.

1. Introdução 2. A legalidade como expressão do liberalismo político. 3. O interesse público não exclui, antes exige o atendimento ao princípio da legalidade. 4. **Common Law** e **Civil Law**: racionalismo e empirismo. 5. A Súmula Vinculante n° 10 como reforço do princípio da legalidade. 6. Súmula n° 2 - bingos e loterias. 7. Súmula n° 3 - Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. 8. Súmula n° 5 - Defesa por advogado em processo disciplinar. 9. Súmula n° 6 - Remuneração de praças prestadores de serviço militar inicial. 10. Súmula n° 11 - Uso de algemas. 11. Súmula n° 12 - Cobrança de matrícula nas universidades Públicas 12. Súmula n° 13 - Vedação ao nepotismo. 13. Conclusão.

Cartão de Crédito: Ações Propostas contra as Empresas, Titulares das Marcas (Bandeiras). Ilegitimidade Passiva

61

Marco Antonio Ibrahim

Desembargador do TJ/RJ.

1. Introdução. 2. Falta de regulamentação legal específica dos cartões. Disciplina pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Usura (Súmulas n° 283, 294 e 296 do STJ, Leis n° 4.595/64, n° 9.613/98 e 10.467/02, Lei Complementar n° 105/01, Instrução Normativa SRF n° 341/03 e Resolução n° 878 do Conselho Monetário Nacional). 3. A escassa literatura jurídica a respeito do tema. Jurisprudência dos Tribunais.

Os Desafios da Pena de Prisão e do Encarceramento Cautelar

68

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor da EMERJ e Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal.

1. Introdução. 2. Tendência que procura construir o fundamento e a finalidade da pena como instrumento estatal de reação punitiva. 3. A primeira prisão em Londres surgiu em 1552 para recolher vagabundos, obrigados a ali trabalhar. Em 1840 surge a prisão de Nolkfold da Austrália. Era um pilar da execução penal, mas a teoria da prisão é uma exigência traumática, embora imprescindível, porque com finalidade socialmente útil. Sua teoria é um mar de questionamentos. 4. Pode-se afirmar que atualmente se procura aperfeiçoá-la, quando imprescindível, e substituí-la quando oportuno e possível por penas alternativas. 5. Como revisão do sistema punitivo pensou-se na recuperação, na ressocialização, readaptação, emenda, reinserção, reeducação, para salvar o delinquente. 6. Os males da prisão são visíveis, um episódio trágico

no atual estágio brasileiro. 7. A criminalidade é um acontecimento normal, contudo, vulgarizado. 8. A resposta penal deve ser proporcional ao juízo de reprovação do autor pela prática do ato punível, mas a pena deveria ser menos coercitiva e mais pedagógica. 9. No âmbito da execução da pena, operamos o Direito Penitenciário com o Direito Penal executivo, ou Direito de Execução Penal. Este último, com 14 princípios que resumimos no texto. 10. Em suma, a pena de prisão, sempre combatida, possui diminuta força intimidatória. 11. Ninguém quer ver a prisão. É ela deletéria e não educa, não socializa, mas estigmatiza. 12. O Estado não cumpre o art. 88 da Lei de Execução Penal. 13. A pessoa pode perder tudo na vida, só não pode perder a esperança na vida e na liberdade.

Globalização, Monopolaridade e Assimetria Reversa

Reis Friede

Desembargador Federal e Professor Adjunto da UFRJ. Mestre e Doutor em Direito Público.

1. Introdução. 2. A bipolaridade confrontativa e a distensiva. As relações EUA-URSS e o equilíbrio militar obtido. 3. O “mito da repressão americana”. 4. Assimetria reversa.

85

O Abuso de Direito na Concessão de Crédito - O Risco do Empreendimento Financeiro na Era do Hiperconsumo

Cristina Tereza Gaulia

Desembargadora do TJ/RJ. Mestre em Direito pela UNESA. Professora de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil na UNESA, EMERJ e EMES.

I - Introdução. II - A autoidentificação do homem no cenário social pós-moderno. III. O novo “cogito” ou como todos podem ser Gisele Bündchen. IV. O toque de Midas do

94

indivíduo rumo ao sucesso. V. Oferta e publicidade. VI. As leis principiológicas - do problema às soluções possíveis. VII. Conclusão.

Conflito Aparente de Normas.

124

Art. 40, Inc. IV, da Lei n° 11.343 e o Estatuto do Desarmamento

Vinicius Marcondes de Araújo

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. Introdução. 2. O Crime de Tráfico de drogas com utilização de arma de fogo. 3. A causa de aumento da pena em normas distintas. 4. Não se nota que o tema já tenha sido tratado na Jurisprudência, e a Doutrina ainda não se ocupou dele. 5. O conflito aparente de normas: pressupostos da ocorrência do concurso aparente: a) unidade de fatos; b) pluralidade de normas que identificam o mesmo fato como delituoso. 6. Os princípios da consunção, da subsidiariedade e da especialidade. 7. O emprego do verbo “empregar” (a arma) e de “ter” arma em depósito. 8. Do cerne da controvérsia - Interpretação do verbo “empregar”. 9. Conclusão.

Aspectos Pontuais da Guarda Compartilhada

131

Francisco Messias Neto

Professor Substituto da UFF. Defensor Público no Rio de Janeiro.

1. Introdução. 2. Do poder familiar e seu conceito. 3. Da guarda - conceito. 4. Da guarda - natureza jurídica. 5. Da guarda unilateral, compartilhada e alternada: a) Guarda unilateral. b) Guarda conjunta ou compartilhada. c) guarda alternada ou pendular. 6. Da responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores. 7. Alimentos na guarda compartilhada. 8. Visitação na guarda compartilhada. 9. Do Direito de fixar a residência dos filhos na guarda compartilhada. 10. Das sanções

pelo descumprimento de cláusulas pactuadas na guarda compartilhada. 11. Competência para as ações de guarda compartilhada. 12. Conclusão.

O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro

157

Rafael Carvalho de Resende Oliveira

Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro.

1. Plano de trabalho. 2. Origem e evolução das agências reguladoras nos EUA. 3. Quadro político-jurídico brasileiro: Condições favoráveis à “agencificação” do Direito Administrativo. 4. A recepção do modelo norte-americano de agências reguladoras independentes e a necessidade de aclimatação: dificuldades e possibilidades. 4.1. Dificuldades: a) Diferenciação dos momentos americano e brasileiro; b) Resistências legais e políticas à autonomia reforçada das agências no cenário brasileiro. 4.2. Possibilidades. 5. Conclusão.

Da Imunidade dos Entes Autárquicos em Relação ao IPTU de Imóveis Desafetados de suas Finalidades Essenciais

177

Afrânio Carlos Moreira Thomaz

Procurador do Banco Central do Brasil. Professor de Direito Empresarial da Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes.

1. Introdução. 2. O art. 150, VI, “a” da Constituição Federal. 3. Vedação que caracteriza verdadeira imunidade tributária recíproca autoexecutável. 4. A isonomia das pessoas políticas por não se pressupor uma supremacia entre elas. 5. Imunidade apenas quanto a impostos, ressaltando-se, portanto, taxas, contribuições, empréstimos compulsórios. 6. Extensão às autarquias. 7. As atribui-

ções do BACEN (art. 9º, 10º e 11 da Lei nº 4.595/64). 8. Jurisprudência do STJ e do TRF, 1ª e 2ª Região.

Interrogatório por Videoconferência

190

Ronaldo Saunders Monteiro

Mestrando da Universidade Estácio de Sá

1. A década de 1990 e as primeiras manifestações sobre a possibilidade de tomada de depoimentos com videoconferência. 2. As dúvidas levantadas sobre violação do direito fundamental de ampla defesa. 3. A Lei Federal nº 11.900, de 8/1/2009. 4. A visão sob a ótica estatista e as medidas mais urgentes a serem tomadas para evitar fugas, resgates, despesas orçamentárias. 5. A anterior permissão para adoção da medida na Lei 11.792/2003. 6. A solução indicada para o deslocamento com segurança dos agentes do Estado até o estabelecimento prisional. 7. A Doutrina de Tourinho Filho e a de Guilherme Nucci sobre o direito “primário e absoluto” da ampla defesa. 8. O Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos adotado por Resolução de Assembleia da O.N.U., em 1966 e a Convenção Americana em São José da Costa Rica em 1969.

Prescrição das Ações Indenizatórias contra o Poder Público e o Código Civil de 2002

197

Flávio de Araújo Willeman

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Universidade Candido Mendes, da EMERJ e FGV-Rio.

I. Introdução. II. Prescrição das ações indenizatórias contra o Poder Público e Código Civil/2002. II. 1. Prescrição de pretensão indenizatória de anistiado político.

O Ideário Democrático na Interpretação Constitucional: Estudo de Caso

215

André Felipe Alves da Costa Tredinnick

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. Introdução. 2. Desenvolvimento da tese: A norma do artigo 96, I, “a” da Constituição Federal de 1988. Seu significado. 3. A compreensão da norma jurídica constitucional do artigo 96, I, “a”, primeira parte. 3.1. Uma breve noção acerca da evolução da interpretação da norma jurídica em geral, e da constitucional em particular. 3.2. A utilização dos métodos tradicionais de interpretação para a compreensão do significado do termo “tribunal”, inserido no artigo 96, I, “a”, primeira parte, da Constituição Federal. 3.2.1. Os métodos gramatical, lógico e sistemático. 3.2.2. O método histórico. 3.2.3. O método teleológico e o axiológico. 3.3. A utilização dos métodos de interpretação constitucional específicos, para a compreensão do significado do termo “tribunal”, conforme inserido no artigo 96, I, “a”, primeira parte, da Constituição Federal. 4. A sociedade aberta interpreta a Constituição. A democracia como anseio natural do ser humano. 5. A E.C. nº 7, de 11 de março de 1999, do Estado de São Paulo. 6. As opiniões contrárias à tese exposta. 7. A ação direta de inconstitucionalidade n. 2.012-9. 8. Análise crítica dos votos dos Ministros.

O Litisconsórcio Necessário “Facultativo” 245 na Ação de Embargos à Arrematação à Luz do Princípio da Instrumentabilidade Substancial das Formas

Daniel Roberto Hertel

Advogado e Professor Pós-graduado em Direito Público e em Direito Processual Civil da Faculdade Cândido Mendes de Vitória.

1. Introito. 2. Tipos de litisconsórcio. 3. A defesa do devedor e a ação de embargos à arrematação. 4. O princípio da instrumentabilidade substancial das formas e o litisconsórcio necessário facultativo nos embargos à arrematação. 5. Considerações finais.

Análise Crítica da Atuação do Poder Judiciário em Relação aos Benefícios da Seguridade Social

Carlos Cortes Vieira Lopes

Procurador Federal.

1. Introdução. 2. Breves noções acerca da Seguridade Social. 3. A separação das funções de poder (art. 2º da CRFB/1988). 4. Análise de casos concretos. 5. Teses novas favoráveis ao INSS e pouco acolhidas. 6. Conclusão.

268

Distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP (Gás de Cozinha) e o Princípio Consti- tucional da Livre Iniciativa

Rodrigo José Meano Brito

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. Introdução. 2. A atividade econômica de distribuição de gás liquefeito de petróleo e o regime da livre iniciativa. 3. A fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo pela Agência Nacional do Petróleo - ANP. 4. Conclusão.

282

Colaboraram neste Número

André Felipe da Costa Tredinnick, 215
Afrânio Carlos Moreira Thomaz, 177
Álvaro Mayrink da Costa, 68
Carlos Côrtes Vieira lopes, 268
Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, 17
Cristina Tereza Gaulia, 94
Daniel Roberto Hertel, 245
Flávio de Araújo Willeman, 197
Francisco Messias Neto, 131
Geraldo Prado, 31
Marco Antonio Ibrahim, 61
Nagib Slaibi Filho, 34
Rafael Carvalho de Resende Oliveira, 157
Reis Friede, 85
Rodrigo José Meano Brito, 282
Ronaldo Saunders Monteiro, 190
Vinicius Marcondes de Araújo, 124



EMERJ

Um Trabalho Rápido, Contínuo e Incessante

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

A facilidade proporcionada pela tecnologia, através da utilização da informática, trouxe consigo o inconveniente da falta de zelo na elaboração de escritos, formulados sem maior critério.

Trechos acerca de certo tema são adunados a outro sem a observância do cuidado necessário, produzindo como resultado a obscuridade, quando não oculta, de forma sub-reptícia, propósito mesquinho: o de deliberadamente confundir.

Textos, aparentemente originais, são incorporados a outro, mas só lhe dão tamanho, sem constituir ideia nova: o conteúdo é o mesmo.

O juiz, na leitura dessa babel de palavras e emaranhado de citações doutrinárias e jurisprudenciais, tem de se impor uma paciência estoica, para reler o que já sabe de cor.

Por outro lado, imperioso se cercar de redobrada atenção, porquanto no meio da longa narrativa está o tema central, ou mesmo periférico, a serem desvelados e dirimidos. O fato de ser secundária a suscitação não exime o juiz de se pronunciar.

Passando ao largo deles, incorre em omissão e, em consequência, sua decisão é írrita.

A experiência tem mostrado que a prolixidade está sempre na companhia do que há de mais óbvio e pacificado nos tribunais. E como se tem abusado dela!

Assim, por intermédio de galimatias e extensão, se procura dar um novo colorido ao que tem a mesma substância.

A atualização permanente da jurisprudência assume, então, papel fundamental na repressão a essa forma de comportamento,

visto que os argumentos acrescentados ao ponto nevrálgico, não obstante sem importância para o julgamento do *punctum saliens*, constituem uma tendência à reedição.

Embora as decisões judiciais não mudem o caráter de ninguém, já que conhecida sua imutabilidade - o traço distintivo de cada um, do nascimento à morte, sempre será o mesmo - possível estabelecer outra direção no modo de agir.

Ora, ao Judiciário pouco se lhe dá a natureza de cada um. A ele só interessa impor a conduta que não perturbe a paz social.

Ninguém desconhece o poder de convencimento das decisões judiciais e a forte influência no comportamento das pessoas, independente de ser benéfica ou maléfica.

Quantas modificações - e positivas - aconteceram no cenário jurídico pelos reiterados julgamentos em certo sentido.

Não se pode negar, v.g., a mudança ocorrida em relação à prestação do serviço de transporte coletivo rodoviário, para melhor, após as pesadas indenizações impostas às concessionárias pelo Poder Judiciário.

Seus dirigentes aprenderam pela pior forma - as condenações judiciais - que tinham de se reeducar, assim como seus prepostos.

Não obstante todas as mazelas decorrentes da iniciativa humana, deixou de ser fato corriqueiro - oxalá permaneça assim - o descalabro representado por coletivos frequentemente superlotados e envolvidos em acidentes automobilísticos. Resolveram-se, de forma tolerável, a sobrelotação e a reedição de sinistros naquela atividade.

Hoje o “filão” desses infortúnios encontra-se em poder de outras mãos e mentes informais.

De outro giro, o estabelecimento judicial de política pública, com vistas à prestação unificada de saúde, no tocante à distribuição de medicamentos e insumos, mostra a importância das decisões judiciais repetidas, que se anteciparam ao poder competente, e agora se ocupam de sistematizá-la, de modo a não permitir abusos ou sua não realização.

Na atualidade, o desafio imposto ao Judiciário, mais simples de solucionar, reside na superabundância associada à modéstia de

raciocínio. Longos textos permeados de algaravia são editados sobre o conhecido e repisado.

Contudo, conforme advertira Marco Aurélio, do tempo da prosperidade de Roma, “todas essas coisas são triviais pela repetição, efêmeras em relação ao seu tempo, perecíveis por sua matéria” (**Meditações ou A Mim Mesmo**, p. 90, Editora, Martin Claret).

Infelizmente, porém, nessa seara, como em outras, não prevalece a máxima de escrever com clareza, concisão e somente sobre algo que valha à pena ser escrito e lido.

Falta não uma arte de falar, mas de calar de maneira oportuna a caneta e a língua, conforme se expressou o Abade Dinouart acerca da ética do silêncio: “raramente as pessoas se queixam da brevidade; sempre se queixam da extensão; só se deve deixar de calar quando se tem algo a dizer que valha mais do que o silêncio” (**A Arte de Calar**, Martins Fontes, p. 41 e XIX).

Com efeito, exprimir-se em demasia ou com ar de mistério, traduz a falsa idéia de dimensão da complexidade do que é tratado e da pretensa profundidade de pensamento, a desafiar a temperança do magistrado, em lidar com o evidente dito de forma artificialmente sofisticada apenas para complicar.

Constitui costume dizer: preferível ser respeitado a compreendido, pois se fazendo compreendido, certamente, não seria respeitado.

Segundo Lucrecio, “os tolos preferem admirar tudo o que julgam estar oculto sob palavras figuradas” (**De Rerum Natura**, I, p. 641). E só imaginam, pois, invariavelmente, não está.

Certos textos, submetidos à ironia britânica, receberiam como selo o conhecido ditado inglês para o ininteligível: parece metafísica alemã!

Entretanto, por não passarem de questões triviais, enfeitadas de termos rebuscados para ocultar o desiderato embusteiro, o palavrorio e as fórmulas aparentemente inextricáveis são facilmente superados.

Recorre-se a uma antiga técnica indigna de louvor: *ignotum per ignotus*.

Quem tem o dom da clareza consegue ser cristalino até com os leigos, ainda que no manejo de termos técnicos, sem descam-

bar para o juridiquês. Quem nasceu para transmitir a escuridão, passará pela vida marcado pelo estilo neobarroco. O, como se referem com sarcasmo os franceses, conhecidos pela limpidez de exposição: claro como o tinteiro!

E o que é pior: há alguns que se jactam dessa técnica, sem se dar conta de que muitos riem dela.

Para debelar essa forma de se conduzir, nada como jurisprudência afinada e uniformizada com a rapidez necessária.

A vacilação e o tempo para a formação de um direito pretoriano coeso já tinham sido vítimas do estilo direto e cortante de Voltaire, desconsiderada, naturalmente, a coincidência numérica, a seguir referida:

“No dia seguinte, o meu processo foi julgado numa das câmaras do parlamento de Paris: perdi por unanimidade; explicou-me o meu advogado que eu teria ganho também por unanimidade numa outra câmara. ‘Eis uma coisa bem cômica, disse-lhe eu; – de modo que, cada câmara, cada lei. – Sim – disse ele –, há vinte e cinco comentários sobre a lei municipal de Paris; isto é, provaram-se vinte e cinco vezes que a lei municipal de Paris está errada; e se houvesse vinte e cinco câmaras de juizes haveria também vinte e cinco jurisprudências diferentes. Temos – continuou ele – a quinze léguas de Paris uma província chamada Normandia, onde sériéis julgado de forma diferente daqui’. Isso me deu vontade de ver a Normandia...” (Dicionário Filosófico, Verbete – Das Leis, Ed. Martin Claret, p. 334/335)

Explica-se: consta que a Normandia era o paraíso, o recanto dos demandistas e chicaneiros.

Exalta-se a celeridade processual fluminense, mas se lhe critica a falta de qualidade, o que, supostamente, não ocorre em outros tribunais.

As sentenças e os acórdãos – reclama-se – não constituem mais, como outrora, fonte de aprendizado.

Lamentavelmente, há um hábito humano de desmerecer o presente, exultar o passado e prever, de forma pessimista, o futuro.

Ora, supôs-se anteriormente que algum tribunal, no 2º grau de jurisdição, conseguiria julgar em tempo médio de 100 dias? Como esses arúspices de plantão delinearam o porvir?

Não se olvide quanto à impossibilidade de uma jurisdição qualificada, se a postulação é destituída de mérito. Não há talento que resista à repetição massificada.

O princípio da correlação entre o pedido e a sentença não tem uma conotação simplesmente processual, mas também de ordem lógica.

Jamais o efeito suplantar a causa. Esta reside nos atributos da demanda. De sua distinção, depende a sentença, para ser notável. Por isso Dante adverte que “quando não nos alçamos até a causa, geralmente nos admiramos de um efeito novo; quando, porém, conhecemos a causa, temos um desdém, um desprezo zombeteiro pelos que ficaram admirados” (**Da Monarquia**, Martin Claret, p. 33).

Não se cogita nem mesmo do estilo empregado, mas da própria pobreza da tese deduzida.

Ademais, insatisfatória por insatisfatória, prefiro a justiça fluminense, pois, ao menos, está em sintonia com o princípio da razoável duração do processo.

De que valem grandes arrazoados e decisões para questões de menor dimensão jurídica, se levam considerável tempo para serem publicados? Melhor, sempre, uma resposta simples e direta para uma pergunta modesta.

Assim como não se deve dizer algo erudito sobre uma indagação corriqueira, uma vez que pode configurar uma covardia intelectual, não convém que se questione, de forma verborrágica, acerca do lugar-comum, para que não se esgote a perseverança da ascese alheia.

De fato, *rem verba sequentur*.

Com o propósito de acender a discussão em torno de temas polêmicos e manter o compromisso com uma jurisprudência

voltada à uniformização, atualização e à celeridade do processo, submete-se o exame dos seguintes enunciados:

1- O auxílio transporte não integra a base de cálculo da prestação alimentícia.

JUSTIFICATIVA: Dado seu caráter indenizatório, referida parcela não pode compor a base de cálculo dos alimentos.

Precedentes: Apelação Cível nº 2008.001.63751, 1ª Câmara Cível, julgada em 05/02/2009; Apelação Cível nº 2008.001.12609, 14ª Câmara Cível, julgada em 16/07/2008 e Apelação Cível nº 2004.001.12994, 7ª Câmara Cível, julgada em 05/10/2004.

2- Incabível a determinação de apresentação de memoriais ou alegações finais se não realizada audiência de instrução e julgamento.

JUSTIFICATIVA: Só há previsão legal de apresentação de memoriais (art. 454, § 3º, do CPC) em caso de realização de audiência de instrução e julgamento, de sorte que a medida, fora da hipótese prevista, é insustentável, atrasa a prestação jurisdicional e aumenta desnecessariamente o exame das peças adunadas aos autos.

Precedentes: Apelação Cível nº 2008.001.58492, 13ª Câmara Cível, julgada em 04/03/09 e Apelação Cível nº 2007.001.69823, 13ª Câmara Cível, julgada em 13/08/08.

3- A inércia do inventariante pode torná-lo removível, mas não justifica a extinção do processo.

JUSTIFICATIVA: Dada natureza de interesse público de que se reveste o inventário, inclusive fiscal, o qual transcende o dos herdeiros, em que há nítida mitigação do princípio do dispositivo (art. 989, do CPC), a solução para a inércia do inventariante é, em tese, sua remoção, ao invés da extinção do processo, na forma do art. 267, inciso III, do CPC.

Precedentes: Apelação Cível nº 2009.001.03258, 14ª Câmara Cível, julgada em 09/02/09; Apelação Cível nº 2008.001.65574, 2ª Câmara Cível, julgada em 19/12/08 e Apelação Cível nº 2008.001.60374, 5ª Câmara Cível, julgada em 18/12/08.

4- A extinção do processo sem resolução do mérito, em virtude da não apresentação de cópias para instruir o mandado de citação, depende de prévia intimação pessoal do autor.

JUSTIFICATIVA: A inércia da parte caracteriza a hipótese do inciso III, do art. 267, do CPC, ao invés da situação prevista no inciso IV, do mesmo artigo, daí a necessidade da providência prevista no § 1º da mesma disposição: intimação pessoal do autor, sob pena de extinção.

Precedentes: Apelação Cível 2009.001.12714, 2ª Câmara Cível, julgada em 18/03/09 e Apelação Cível 2008.001.01115, 15ª Câmara Cível, julgada em 29/01/08.

5- A multa estabelecida pelo art. 557, § 2º, do CPC, pode ser aplicada ao beneficiário da justiça gratuita.

JUSTIFICATIVA: As hipóteses de isenção previstas na Lei nº 1.060/50 não abarcam a penalidade imposta pela disposição, de sorte que cabível a sua incidência em desfavor do juridicamente necessitado. Referido verbete não se confunde com o enunciado nº 101 da Súmula deste Tribunal, uma vez que a multa prevista no art. 557, §2º, do CPC não se funda em litigância ímproba, mas em imperícia processual.

Precedentes: Apelação Cível nº 2008.001.61264, 12ª Câmara Cível, julgada em 10/02/2009 e Apelação Cível nº 2008.001.05589, 19ª Câmara Cível, julgada em 1º/04/2008.

6- O recolhimento da multa, de que trata o art. 557, § 2º, do CPC, imposta ao juridicamente necessitado, configura requisito de admissibilidade de outros recursos.

JUSTIFICATIVA: A circunstância de ser beneficiário da justiça gratuita não o exime de recolher a multa, uma vez que as hipóteses de isenção previstas na Lei nº 1.060/50 não incluem aquela.

Precedentes: Apelação Cível nº 2008.001.01403, 20ª Câmara Cível, julgada em 14/07/2008 e Apelação Cível nº 2006.001.63834, 16ª Câmara Cível, julgada em 03/12/2007.

7- Nas ações que versem sobre prestação unificada da saúde, o laudo médico deve ser expedido por profissional da rede pública.

JUSTIFICATIVA: Tal medida de segurança tem por fim impedir a distribuição indistinta de medicamentos e a ocorrência de fraudes.
Precedentes: Apelação Cível nº 2008.001.58938, 17ª Câmara Cível, julgada em 23/03/2009; Apelação Cível e Reexame Necessário nº 2009.227.00397, 2ª Câmara Cível, julgada em 18/03/2009 e Apelação Cível nº 2009.001.03080, 16ª Câmara Cível, julgada em 16/03/2009.

8- Nas ações que versem sobre prestação unificada de saúde, o laudo médico pode ser expedido por profissional da rede particular, desde que idôneo.

JUSTIFICATIVA: Não se pode presumir a fraude, a qual deve ser aferida concretamente, razão por que, em princípio, os profissionais da rede particular de saúde gozam da mesma confiança que os da rede pública.

Precedentes: Apelação Cível e Reexame Necessário nº 2009.227.00653, 2ª Câmara Cível, julgada em 23/03/2009; Apelação Cível nº 2009.001.05035, 4ª Câmara Cível, julgada em 05/03/2009 e Apelação Cível nº 2008.001.61441, 7ª Câmara Cível, julgada em 18/02/2009.

9- A tese recursal manifestamente procedente se insere entre as matérias previstas no art. 557, *caput*, do CPC, e autoriza o relator a prover o recurso por decisão monocrática.

JUSTIFICATIVA: Trata-se de interpretação extensiva da disposição perfeitamente aceitável, porquanto em consonância com o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Precedentes: Apelação Cível nº 2009.001.10684, 4ª Câmara Cível, julgada em 12/03/2009; Apelação Cível nº 2008.001.08486, 8ª Câmara Cível, julgada em 03/04/2008 e Agravo de Instrumento nº 2007.002.27685, 8ª Câmara Cível, julgado em 22/10/2007.

10- A limitação judicial de descontos decorrentes de mútuo bancário realizados por instituição financeira em conta-corrente, no percentual de 30%, não enseja ao correntista o direito à devolução nem a conduta configura dano moral.

JUSTIFICATIVA: A limitação visa apenas a evitar o endividamento irresponsável, estimulado pelo ente bancário, mas diretamente causado pelo próprio consumidor, eis por que este não tem direito à devolução e à compensação por dano moral.

Precedentes: Apelação Cível nº 2009.001.01104, 14ª Câmara Cível, julgada em 11/03/2009, Apelação Cível nº 2008.001.51205, 1ª Câmara Cível, julgada em 28/11/5008 e Apelação Cível nº 2009.001.10791, 2ª Câmara Cível, julgada em 18/03/2009.

11- O prazo de sessenta dias previsto no art. 13, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.656/98 para rescisão do contrato de plano de seguro saúde, em virtude de inadimplência do segurado, flui da mora.

JUSTIFICATIVA: Não obstante a lei prever a necessidade de notificação do segurado, exatamente pelo fato de ser exigida sua efetivação até o quinquagésimo dia de inadimplência, outro não pode ser o termo inicial, senão a data da mora.

Precedentes: Apelação Cível nº 2007.001.55695, 1ª Câmara Cível, julgada em 12/02/2008; Apelação Cível nº 2007.001.63987, 17ª Câmara Cível, julgada em 05/12/2007; e Embargos Infringentes nº 2007.005.00265, 9ª Câmara Cível, julgados em 25/09/2007.

12- Na ação de cobrança de cotas condominiais, devidamente instruída com cópias das atas das assembleias que autorizaram as despesas, compete ao condômino a demonstração da ilegitimidade ou excesso de cobrança.

JUSTIFICATIVA: Ao autor compete demonstrar o fato constitutivo do direito (art. 333, I, do CPC). Este se consubstancia na prova da mora do condômino e na autorização assemblear de fixação das despesas. Eventual excesso de cobrança ou sua ilegitimidade caracteriza desconstituição daquele direito, ônus cuja demonstração a lei atribui ao réu (art. 333, II, do CPC).

Precedentes: Apelação Cível nº 2009.001.08662, 2ª Câmara Cível, julgada em 1º/04/2009; Apelação Cível nº 2008.001.58226, 8ª Câmara Cível, julgada em 11/11/2008; e Apelação Cível nº 2008.001.60573, 8ª Câmara Cível, julgada em 10/02/2009.

13- A tenra idade, a doença mental e outros estados limitadores da consciência de agressão não excluem a incidência de dano moral. JUSTIFICATIVA: A partir da Constituição Federal de 1988, adveio uma nova perspectiva para a configuração do dano moral, tendo como norte a dignidade da pessoa humana, a qual constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, do que se segue que aquelas condições não constituem empecilho para caracterização do dano moral.

Precedentes: Apelação Cível nº 2007.001.10293, 5ª Câmara Cível, julgada em 10/04/2007; Embargos Infringentes nº 2007.005.00213, 17ª Câmara Cível, julgados em 03/04/2007; e Apelação Cível nº 2009.001.06457, 2ª Câmara Cível, julgada em 08/04/2009.

14- Não exclui a condição de fornecedor o fato de ser a atividade secundária, desde que praticada de forma habitual no mercado de consumo.

JUSTIFICATIVA: Para se amoldar ao conceito de fornecedor, irrelevante que a atividade seja principal, bastando que a secundária se realize no mercado de consumo de forma reiterada.

Precedentes: Agravo de Instrumento, nº 2009.002.12555, 2ª Câmara Cível, julgado em 1º/04/2009; e Apelação Cível nº 2003.001.12971, 9ª Câmara Cível, julgada em 1º/07/2003.

15- O prazo para interposição de recurso contra decisão concessiva de liminar em ação mandamental flui da juntada do mandado de intimação do representante judicial da Fazenda Pública.

JUSTIFICATIVA: O art. 3º da Lei nº 4.348/64 determina a intimação pessoal do procurador com vistas à defesa do ato impugnado. Assim, o prazo recursal passa a correr daquele ato processual, uma vez que a autoridade coatora se limita a prestar informações. Por outro lado, o vocábulo -defesa- referido pela disposição acima, compreende, obviamente, a interposição de recurso (art. 5º, LV, da CF).

Precedentes: Agravo de Instrumento nº 2007.002.06987, 2ª Câmara Cível, julgado em 02/05/2007; Agravo de Instrumento nº 2008.002.14162, 13ª Câmara Cível, julgado em 22/01/2008; e 2007.002.26250, 7ª Câmara Cível, julgado em 13/02/2008.

16- A legitimidade recursal na ação mandamental é da pessoa jurídica de direito público, admitida interposição pela autoridade coatora somente na condição de terceiro juridicamente prejudicado.

JUSTIFICATIVA: Na esteira do verbete nº 114 da Súmula deste Tribunal, legitimado passivo no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público. Dessarte, ela é que dispõe de legitimidade passiva para recorrer. A autoridade coatora pode recorrer, mas somente na condição de terceiro prejudicado (cf. Alexandre Câmara, **Escritos de Direito Processual**, Terceira Série, Lumen Juris, p. 20).

Em artigo publicado na **Revista da EMERJ** (“Jurisdição Massificada e Jurisprudência Casuística: um método de racionalizar e suportar”, v. 12, nº 45, 2009, p. 131/183) já fora destacado que o trabalho unificador é incessante, não só com o propósito de se estabelecer um norte para os operadores do Direito, mas também para evitar a multiplicação indesejável de processos.

Referida atividade tem de ser realizada com a rapidez necessária, de modo a abortar a reedição da conduta indevida e da tese improcedente, sem comprometer o decurso do tempo indispensável para a maturação da ideia. A conciliação desses dois fatores só o bom senso e a aptidão para o exercício da função podem mostrar.

Dessarte, tudo aquilo que a sensibilidade indicar como passível de objeto de uniformização deve fazer parte da cogitação do magistrado, como predisposição para o entendimento, sem que afete sua independência, dado que só depende de sua vontade a adesão, conquanto, acrescente-se, não ser de boa prática a autoridade prevalecer sobre a razão e a verdade. Sempre que isso ocorreu na história humana, o efeito foi funesto.

Se esse argumento não é convincente, que se invoque, então, outro, ainda que desprovido de sublimidade: o de diminuir, drasticamente, a sobrecarga de trabalho repetido, que atingiu níveis insuportáveis.

Afinal, como lembra Schopenhauer, os fins egoísticos, muito mais recorrentes do que se admite, são os únicos com os quais podem contar com segurança.

Por outro lado, pueril a argumentação de engessamento em face da liberdade de assentimento, quer para, inicialmente, aderir, depois recusar a proposição e vice-versa.

Também se ressaltou que nem tudo precisa ser sumulado, visto que provocaria um inchaço da Súmula em contradição com a própria essência do seu significado – o de resumo.

Assim, basta que se reconheça, através do princípio da publicidade, que determinado juízo reflete a jurisprudência predominante do Tribunal, inclusive para os fins do art. 557, do CPC, conforme mostra uma proposta de aviso abaixo transcrita, que bem poderia ser estabelecido nos seguintes termos:

“AVISO N.º

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o Diretor-Geral do Centro de Estudos e Debates comunicam aos senhores Magistrados, Membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, Advogados e demais interessados, que foram aprovados ----- os seguintes enunciados, os quais passam a constituir jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre as respectivas matérias, inclusive para os fins do art. 557, do CPC : ”

Dessa forma, não se lhe avoluma, desnecessariamente, e, ao mesmo tempo, dispõe-se de elemento certificador, singular e objetivo daquele repositório, dispensado o exame quantitativo, sempre mais dificultoso de ser realizado, até porque constitui um óbvio contrassenso, e.g., sumular questão afetada pelo STJ de acordo com a lei de recursos repetitivos.

Não se olvide, além disso, que quanto mais numeroso o colegiado votante, maior a legitimidade e o poder de persuasão da tese a ser aprovada. É o efeito psicológico da importância da participação. A veraz e efetiva partilha de decisões, diferentemente do personalismo e de um simulacro de descentralização, sempre conta a favor.

Dante ensina que “a concórdia é um movimento uniforme de muitas vontades; essa definição mostra claramente que a unidade

das vontades, designada pelas palavras ‘movimento uniforme’, é a raiz da concórdia; mais ainda: é a própria concórdia” (op. citada, p. 31).

Em consonância com esse entendimento, apresenta-se, também, anteprojeto de resolução, inspirado em ato normativo do Supremo Tribunal Federal, constituído, portanto, de legalidade, utilizado como *cessio bonorum* (Resolução n.º 388/08) e com o propósito de agilizar o procedimento de edição, modificação e cancelamento de verbete da Súmula, conforme segue adiante:

“RESOLUÇÃO N.º /09

Disciplina o procedimento de proposta de edição, revisão e cancelamento de enunciados da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições legais, nos termos do art. 3.º, inciso V, do Regimento Interno,

Considerando a necessidade de modernizar o método de uniformização de entendimentos sumulares;

Considerando que a jurisprudência pacificada propicia segurança, um dos ideais do Direito;

Considerando que esse procedimento não exclui outros procedimentos de uniformização da jurisprudência;

Considerando a competência atribuída pela Resolução n.º 04/01 ao Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

Resolve:

Art. 1.º - A proposta de edição, revisão ou cancelamento de verbete da Súmula, sem prejuízo do que dispõe o Regimento Interno, será encaminhada à Secretaria do Órgão Especial, que a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário de Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação dos interessados, no prazo de 05 (cinco) dias.

Art. 2.º - Decorrido o prazo fixado no artigo anterior, os autos serão remetidos ao Centro de Estudos e Debates, que

submeterá a proposição aos desembargadores, com competência para julgamento da matéria para manifestação no prazo de 10 dias.

Parágrafo único - O Procurador Geral da Justiça tomará ciência da sugestão com recibo em exemplar que lhe será remetido, podendo manifestar-se na sessão homologatória.

Art. 3º - Não será admitida proposta acerca de questão afeita pelo Superior Tribunal de Justiça, na forma da Lei nº 11.672/08, caso em que o Diretor-Geral do CEDES arquivará liminarmente a proposição, cientificado o proponente.

Art. 4º - Obtida aprovação de 60% das manifestações dos desembargadores, os autos serão remetidos à Secretaria que os fará conclusos ao Presidente do Tribunal para efeitos homologatórios, obrigatoriamente, na primeira sessão do Órgão Especial.

Parágrafo único. O exame pelo Órgão Especial limita-se à verificação da observância do trâmite e quorum exigidos para a dinâmica do procedimento.

Art. 5º - Na sessão designada, o Diretor-Geral do CEDES, convocado, fará exposição circunstanciada acerca das sugestões obtidas, colhendo-se a manifestação do Procurador Geral da Justiça, após o que se procederá à votação, considerada homologada a proposta que atingir o percentual referido no artigo anterior.

Art. 6º - A redação final da proposta será apresentada, no prazo de até dez dias, contados da sessão homologatória, pelo Diretor-Geral do CEDES ao Presidente do Tribunal, para os fins do art. 121, parágrafo único do Regimento Interno.

Art. 7º - A proposta de edição, revisão ou cancelamento de verbete tramitará sob a forma eletrônica e as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no sítio do TJRJ.

Art. 8º - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

Eis o que se sujeita à douta apreciação da justiça estadual brasileira, especialmente, da fluminense. ☐

Propostas de Enunciados de Súmula*

Geraldo Prado
Desembargador do TJ/RJ.

1. MATÉRIA PROPOSTA: LEI 11.340/06 - COMPETÊNCIA

Justificativa: Unificar a jurisprudência quanto à definição da competência para processo e julgamento de fatos que configuram violência doméstica e familiar contra a mulher, ocorridos antes da criação dos respectivos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Redação Proposta e Aprovada: Juiz Natural. A competência para processo e julgamento dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher é definida pela data do fato, “momento-critério” processualmente relevante, com independência da posterior criação e instalação de Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

2. MATÉRIA PROPOSTA: COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Justificativa: Consolidar a jurisprudência relativa à competência para a execução de medidas socioeducativas.

Redação Proposta: Juiz Natural. A competência para a execução das medidas socioeducativas de internação e semi-liberdade é definida pelo lugar onde está localizada a instituição de cumprimento da medida, ainda que por força de lei estadual outro seja o juiz com atribuição para a fiscalização das referidas entidades.

* Propostas de enunciados de súmula em matéria criminal aprovadas na sessão extraordinária de 29.04.2009 da Egrégia Seção Criminal do TJ/RJ.

Redação Aprovada: Juiz Natural. A competência para a execução das medidas socioeducativas de internação e semi-liberdade é definida pelo lugar onde está localizada a instituição de seu cumprimento, ainda que por força de lei estadual outro seja o juízo com atribuição para a fiscalização das referidas entidades.

3. MATÉRIA PROPOSTA: LEI 11.464/07 E PROGRESSÃO DE REGIME

Atual verbete de Súmula n.º 72 do TJERJ: “O artigo 1.º, § 7.º da Lei de Tortura não revogou o artigo 2.º, par. 1. da Lei de Crimes Hediondos.”

Decisão paradigma

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. **PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.** Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23/02/2006)

Justificativa: Consolidar a jurisprudência relativa à incidência das frações de cumprimento de pena para progressão de regime em execução de pena de crimes hediondos ou equiparados.

Proposta inicial: Revogação do verbete nº. 72 das Súmulas do Tribunal de Justiça, haja vista o advento da Lei nº. 11.464/07.

Redação proposta e Aprovada: Aplicação da Lei Penal no Tempo. As frações de cumprimento de pena erigidas pela Lei nº. 11.464/07 como requisito objetivo para progressão de regime em execução de pena de condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado não são aplicáveis às condenações por fato anterior à mencionada lei. Aplica-se neste caso a regra geral definida no artigo 112 da Lei de Execução Penal.

4. MATÉRIA PROPOSTA: EXECUÇÃO PENAL E ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06

Justificativa: Unificar a jurisprudência quanto à competência da Vara de Execução Penal para aplicação do artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06.

Redação Proposta: Lei Penal no Tempo. Compete ao juiz da execução penal, a requerimento do condenado ou do Ministério Público, aplicar retroativamente a causa de diminuição de pena instituída no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 aos casos em que não há necessidade de produção de prova nova.

Redação Aprovada: Lei Penal no Tempo. Compete ao juízo da execução penal, a requerimento do condenado ou do Ministério Público, aplicar retroativamente a causa de diminuição de pena instituída no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 aos casos em que não há necessidade de produção de prova nova.

5. MATÉRIA PROPOSTA: LIVRAMENTO CONDICIONAL E PRÁTICA DE NOVO CRIME

Justificativa: Unificar a jurisprudência quanto à possibilidade de revogação do livramento condicional quando a prática de novo crime no curso do período de prova chega ao conhecimento do Juízo da Execução após o seu término.

Redação proposta: Execução Penal. Findo o período de prova sem suspensão ou revogação do livramento condicional em virtude da prática de crime, a pena estará extinta.

6. MATÉRIA PROPOSTA: LEI DE DROGAS E CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Justificativa: Unificar a jurisprudência quanto à prevalência ou não do procedimento definido no Código de Processo Penal, com as alterações introduzidas pelas Leis 11.689/08 e 11.719/08, frente à Lei 11.343/06.

Redação proposta: Devido Processo Legal. A reserva de código instituída pelo artigo 394, § 4º, do Código de Processo Penal não é aplicável à etapa de admissibilidade da acusação em processo e julgamento dos fatos definidos na Lei nº 11.343/06, pois que nesta fase prevalece o procedimento definido em lei especial que oferece maior garantia a exercício do direito de defesa. ☐

Notas às Súmulas Vinculantes Administrativas

Najib Slaibi Filho

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ e UNIVERSO

1. INTRODUÇÃO

Entre as mais importantes fontes normativas, temos hoje a denominada *súmula vinculante*, objeto de tantos estudos e críticas, e que merece exame sobre a perspectiva do Direito Administrativo.

Este trabalho¹ dedica-se a tema que ganha galas de relevante interesse para o Direito brasileiro neste início do século XXI, pois as súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, aparentam estar em confronto com a visão já arraigada na comunidade forense sobre o princípio da legalidade, considerado como fundamento primeiro e essencial para a atuação da Administração Pública no Estado Democrático de Direito.²

A Administração Pública de todos os Poderes e em todos os níveis federativos, como está no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, submete-se ao princípio da legalidade, mas a fonte normativa, de onde decorrem as normas que regem a sua atuação, não mais se reserva exclusivamente aos atos do Poder Legislativo com forma de lei.

¹ Extraído de trabalho acadêmico apresentado ao professor Francisco Mauro Dias como requisito para aprovação na cadeira de Direito Administrativo, 1º semestre de 2008, do Curso de Doutorado em Direito da Universidade Gama Filho.

² Não há que se confundir a súmula vinculante com a súmula comum dos tribunais. Aquela é constitucionalmente vinculante para os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, esta é obrigatória para os próprios tribunais, consoante o disposto nos arts. 475, § 3º, 479, 518, § 1º, 543 A, 544, § 3º e 557, todos do Código de Processo Civil e os respectivos regimentos internos. As súmulas vinculantes têm evidente caráter legislativo, com obrigatoriedade haurida na elaboração procedida pelo mais alto órgão constitucional. Já

As súmulas vinculantes de conteúdo administrativo, como expressão da competência funcional do Supremo Tribunal Federal de elaborar os atos genéricos e abstratos que regem a Administração Pública,³ constituem atos normativos que vão haurir da imparcialidade da Corte Constitucional no seu papel não só de interpretar a Lei Maior como, principalmente, e por que é função própria de todos os tribunais constitucionais, o de dizer o que é a Constituição e a incidência de suas normas nos diversos setores da vida nacional.

Utilizou-se a pesquisa na doutrina e na jurisprudência, principalmente os precedentes da Alta Corte de Direito Constitucional.

Pretende-se demonstrar que o caráter normativo da súmula vinculante constitui legítima fonte constitucional, e assim obrigatória, para todos os agentes administrativos e para aqueles que, na condição de administrados, estão sujeitos aos efeitos dos atos do Poder Público.

2. A LEGALIDADE COMO EXPRESSÃO DO LIBERALISMO POLÍTICO

Está ultrapassado o paradigma pretensamente liberal da legalidade estrita, ou da simples e mesmo impossível obediência

as súmulas de jurisprudência dominante decorrem da sedimentação da orientação tópica dos tribunais e foram se insinuando, a partir do Supremo Tribunal Federal, que, justamente em abril de 1964, editou os primeiros enunciados, a despeito das resistências de alguns de seus integrantes. Por ora, a súmula dos tribunais é mais do que um conselho e menos do que uma ordem (Cândido Dinamarco), porque restritos os seus efeitos ainda ao patamar destinado pelo Direito brasileiro à jurisprudência. Através de polêmica mutação formal da Carta da República, tivemos diversas tentativas de emprestar às decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria do direito federal, a eficácia normativa de vinculação aos demais órgãos do Poder Judiciário e, conseqüentemente, aos demais órgãos do poder, os quais acabam submetidos, nos casos concretos, ao *judicial review* que herdamos do sistema do *Common Law*. Sobre as súmulas comuns, ver Lênio Luiz Streck, *Súmulas do Direito Brasileiro, eficácia, poder e função. A ilegitimidade do efeito vinculante*, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

³ Francisco Mauro Dias, em palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 25 de junho de 1999, traz a descrição de saudoso e notabilíssimo mestre lusitano sobre a relação entre a Magistratura e a Administração Pública no Direito reinol: *Em curso que professou, em língua francesa, na sessão de Lisboa da Faculdade Internacional de Direito Comparado, em agosto de 1964, sob o título "As Garantias Jurisdicionais dos Administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil"*, MARCELO CAETANO dedicou o seguinte trecho às Instituições Portuguesas em nossas plagas: "Desde 1500 a 1822, por

ao texto frio da lei, da simples interpretação literal ou filológica, mesmo porque tal seria de inviável realização pelos percalços do legislador em prever, com antecipação e absoluta precisão, todas as situações futuras em que atuará a complexa e diferenciada máquina administrativa do Estado.

Em decorrência, o princípio da legalidade vai muito além do que está meramente escrito nos termos legais, pois compreende também os demais princípios constitucionais⁴ e depende a sua in-

consequente, o Brasil regeu-se pelas leis portuguesas e teve instituições portuguesas. A administração era, tanto em Portugal como no Brasil, fundamentalmente municipal como se usara na época do povoamento do próprio povoamento europeu. Assim, quando o poder tomava a iniciativa de fundar uma povoação, esta recebia o domínio das terras circundantes mediante um foral concedido pelo rei ou senhor do território. E no município, assim constituído, eram os próprios habitantes que administravam os assuntos de interesse local, elegendo um órgão colegial (câmara municipal) a que presidia um magistrado electivo também (juiz ordinário) ou de nomeação régia (juiz de fora). A inspecção da administração municipal e da justiça local era exercida por corregedores (substituídos nos territórios senhoriais por ouvidores). Estes magistrados eram itinerantes, devendo visitar periodicamente todas as vilas do território da sua comarca. Ai examinavam os processos, recebiam queixas e julgavam algumas questões de maior importância, podendo anular certos actos ilegais dos órgãos municipais (as posturas).” [...] “Sem embargo da existência, já àquela época, de um controle interno de legalidade, eis que presidida a Câmara Municipal por um magistrado, o controle externo também se fazia presente e incidia, antes de sua separação ou especialização, sobre todas as funções jurídicas do Estado de Direito de então, reunidas em um só órgão.”

⁴ Não se poderá jamais ignorar que o princípio republicano consagra o dogma de que todos os agentes públicos - legisladores, magistrados e administradores - são responsáveis perante a lei e a Constituição, devendo expor-se, plenamente, às consequências que derivem de eventuais comportamentos ilícitos. A submissão de todos à supremacia da Constituição e aos princípios que derivam da ética republicana representa o fator essencial de preservação da ordem democrática, por cuja integridade devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo. Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio da moralidade - que domina e abrange todas as instâncias de poder -, proclamou que esse postulado, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade de quaisquer atos estatais: A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (Revista Trimestral de Jurisprudência nº 182, p. 525-526, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno.)

cidência da corajosa constatação do fato que interessa à norma ou da adequada cognição da situação concreta para a sua aplicação.

A turbilhonante complexidade deste início de século XXI exige suficiente efetividade do Poder Público no cumprimento das tarefas ou dos objetivos fundamentais que lhe são atribuídos pela sociedade, como se vê, por exemplo, na Constituição de 1988, em seu art. 3º, referindo-se às tarefas de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem discriminações de qualquer espécie.

A função administrativa do Estado moderno menos se dedica à garantia do núcleo essencial da atividade do Estado no século XIX (defesa nacional, segurança, justiça, fisco), e muito mais à transformação da sociedade, atribuindo-se ao aparelhamento estatal funções essenciais ao indivíduo que não tenha como suprir para consigo e sua família direitos fundamentais como saúde, educação, segurança.

Até mesmo nas atividades de planejamento da ordem econômica e repressão do abuso do exercício de direitos sociais, econômicos e políticos, o Estado volta a sua atividade visando a suprir as necessidades dos indivíduos e grupos sociais carentes de sua atuação como garantia para o exercício de seus direitos.

Enfim, da função administrativa, que constitui a linha de frente da atuação do Estado porque realiza materialmente a sua atividade política, esperam os cidadãos muito mais do que a estática obediência ao texto frio da lei cujo conteúdo é interditar a atividade do poder para permitir a plena atividade daqueles que não necessitam das atividades estatais.⁵

⁵ Sobre o papel do Estado moderno e a prevalência do interesse público sobre o privado, veja-se o voto no dia 20 de agosto de 2008, no Recurso Extraordinário nº 579.951-4, do Rio Grande do Norte, do Ministro Ricardo Lewandowski: *O historiador Sérgio Buarque de Holanda, em sua clássica obra Raízes do Brasil, ao dissertar sobre as origens da dificuldade de separação entre o público e o privado pelos detentores do poder em nossa sociedade, afirmou: “Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles se auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam*

O princípio da legalidade está insculpido na Constituição de 1988, no *caput* do art. 37, como princípio geral da Administração Pública, ao lado dos princípios da impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência.⁶

No sistema tríptico idealizado por Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, no seu **O Espírito das Leis**, de 1748, imaginava-se possível atribuir somente a órgãos específicos, agrupados no conjunto de órgãos públicos denominado Parlamento, o poder exclusivo de elaborar as leis como comandos genéricos e abstratos dirigidos à sociedade e ao próprio Estado.

A elaboração das leis genéricas e abstratas, atividade que se deslocou gradualmente dos órgãos do Parlamento para os demais ramos do Poder Público, que passaram a exercer com habitualidade e, relativamente sem grandes controvérsias, funções que nos séculos XIX e XX foram consideradas, para eles, de *atípicas* ou *anômalas*.⁷

Maior o interesse quando se trata da radical extirpação de um velho postulado do liberalismo clássico, que exigia que somente a vontade geral, expressa pelo legislador, pudesse trazer limitações

os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático”.

⁶ A técnica constitucional atual distingue entre texto, o que está escrito no dispositivo, e a norma, esta a conduta esperada pelo texto. As normas estão classificadas entre princípios e regras ou preceitos; estes de aplicação mais concreta e individual, e aqueles mais genéricos e abstratos, sem que se enfraqueçam, antes aumentem, o seu poder de normatividade. Neste sentido é que se tornou comum a afirmação de que é muito mais grave violar o princípio do que a regra ou preceito. Os princípios constitucionais estão classificados em princípios *fundamentais* ou *estruturantes*, como os constantes no Título I da Constituição de 1988, os princípios gerais, que são aqueles referentes a um grande setor da sociedade, como, por exemplo, os princípios do art. 37 quanto à Administração Pública e, finalmente, os princípios *especiais*, como vemos, também exemplificativamente, no próprio art. 37, inciso XXI, ao tratar dos princípios que regem as licitações.

⁷ Mesmo no regime parlamentarista, a separação dos poderes entre órgãos diferenciados do Estado se mostra tema bem complexo pela diversidade da atuação administrativa, a despeito da maior ou menor predominância do Parlamento sobre os demais. Tal complexidade mais avulta no regime presidencialista, que se caracterizaria justamente pela nítida separação dos Poderes, em face do sistema de *checks and balances* ou de freios e contrapesos como meio de moderação do exercício dos Poderes. Em nosso caso, mostra-se complexo perceber em uma medida provisória, por exemplo, que tem força de lei, onde está a fronteira entre o poder político e a função administrativa, da mesma forma que se vê em súmula vinculante que é obrigatória para as atividades administrativas.

à liberdade individual, como consta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789,⁸ proclamando que os limites da liberdade são aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o exercício desses direitos e que *tais limites não podem ser determinados senão pela lei*, que é expressão da vontade geral da sociedade e para qual todos devem concorrer na sua formação pessoalmente ou através de representantes.⁹

3. O INTERESSE PÚBLICO NÃO EXCLUI, ANTES EXIGE O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Aqui e alhures, a Administração Pública objetiva atender ao interesse geral, o interesse público.

A finalidade do interesse público da Administração Pública não lhe confere, por si só, o poder de atuar com supremacia sobre o indivíduo.¹⁰

⁸ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: Art. 3°. *O principio de toda a soberania reside essencialmente na nação. Nenhuma entidade, nenhum individuo, pode exercer autoridade que dai não emane.* Art. 4°. *A liberdade consiste em se fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercicio de direitos naturais de qualquer homem não tem limites senão aqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o exercicio dos mesmos direitos. Estes limites não podem ser determinados senão pela lei.* Art. 5°. *A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade. Quem não for proibido pela lei não pode ser impedido de agir, e ninguém pode ser compelido a fazer o que ela não ordena.* Art. 6°. *A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos são iguais perante a lei e igualmente admissíveis a todas dignidades, funções e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que a de suas virtudes e de seus talentos.*

⁹ *Aqueles que têm experiência prática, que convivem com a atividade forense, sabem que essa inefável “vontade da lei” não passa de uma doce miragem. A verdade dos fatos interessa ao intérprete, especialmente ao juiz, porém como o estágio inicial da formação de juízo. Antes de preocupar-se com a imaginada “vontade da lei”, ou apenas com a verdade dos fatos, o que interessa ao processo será sempre o seu “significado” ou, como diz Gadamer, referindo-se a Vico, a busca do “sentido”, um saber pelas causas, “que permite encontrar o evidente (verisimile)” (Verdad y método, Salamanca, 1988, p. 50-51). Gadamer complementa seu pensamento com esta asserção: “Pues bien, el concepto de la evidencia pertenece a la tradición. Lo ‘verisimile’, lo vero-simil, lo evidente forma una serie que puede defender sus razones frente a la verdad y a la certeza de lo demostrado y sabido” (p. 579) (Ovídio Silva, “Verdade e significado”, artigo extraído de <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>, em 29 de maio de 2008).*

¹⁰ A dicotomia entre o interesse público e o interesse individual hoje se mostra francamente ultrapassada e somente era suficiente para reconhecer a legitimidade do Estado liberal

Assim é porque qualquer atuação do Poder Público, inclusive e principalmente a atividade administrativa, por si só é suficiente para limitar a liberdade individual. Daí por que Pontes de Miranda lembrou que o princípio da legalidade para os órgãos estatais constitui a face do Poder, e o princípio da legalitariedade para o indivíduo expressa o campo que se lhe assegura para a sua ação transformadora da realidade.

Assim, a liberdade mostra-se bifronte: quanto ao Estado, o princípio da legalidade; quanto ao indivíduo, o princípio da legalitariedade.

Desde a Constituição de 1824, outorgada pelo jovem Imperador Dom Pedro I,¹¹ encontra-se escrito nas nossas Leis Maiores a regra de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, a expressar comando decorrente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

O tratamento diferenciado da Administração Pública a distingue do cidadão comum, o que denominamos no sistema do *Civil Law*, pela tradição francesa, de prerrogativas ou supremacia do interesse público sobre o interesse privado.¹²

do século XIX, o Estado que atuava como simples garantidor (*L'État-gendarme*) e que se limitava a prestações de serviços como defesa nacional, segurança pública e poucos outros. De fato, no século XX evoluímos no sentido de distinguir entre interesse público estatizado e desestatizado, este defensável por cidadão ou organismo não governamental, como se vê nas leis da ação popular e da ação civil pública, bem como não mais se pensa em interesse privado sem a distinção de seu conteúdo, o que levou à classificação dos interesses e direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. Neste sentido, ver Nagib Slaibi Filho, *Sentença cível - fundamentos e técnica*, 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, capítulo I.

¹¹ D. Pedro I, herdeiro da linhagem absolutista dos Bragança, era, no entanto, como muitos jovens da sua época, admirador de Napoleão Bonaparte e dos ideais liberais franceses, a despeito de a Família Real ter se transmigrado para o Brasil pela invasão de Portugal pelos franceses. Ver, por todos, Octavio Tarquinio de Souza, *A vida de D. Pedro I*, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1954.

¹² A França deu à Europa Continental, e aos países colonizados por espanhóis e portugueses, o sistema que coloca a Administração Pública em patamar superior ao administrado, o qual se encontra genuflexo perante o Poder Público através de princípios como o da presunção *juris tantum* da validade dos atos estatais, as prerrogativas processuais do Poder Público em Juízo, a autoexecutoriedade dos atos administrativos etc. O sistema do *Civil Law* ou sistema jurídico românico-germânico mantém tal tratamento de supremacia do Poder em face da pessoa, o que não ocorre no sistema herdado dos ingleses pelos estadunidenses

Neste atuar, principalmente no sistema francês, necessariamente se coloca em confronto a liberdade individual em face do interesse público, pelo que o regime liberal exige que a função administrativa esteja jungida à lei genérica e abstrata, assim enquadrada dentro de critérios de calculabilidade ou previsibilidade acessível a todos através da lei genérica e abstrata.

4. **COMMON LAW E CIVIL LAW: RACIONALISMO E EMPIRISMO**

A limitação da liberdade individual para a satisfação do interesse público é o conteúdo do princípio da legalidade que a Constituição de 1988 coloca como norma reitora da Administração Pública de todos os Poderes da República e em qualquer nível federativo.¹³

No sistema jurídico do *Common Law*, que a Inglaterra disseminou através dos países por ela colonizados, o costume é a principal fonte normativa,¹⁴ com os textos votados

e outros povos e denominado *Common Law*, onde a Administração Pública é tratada em igualdade de condições com o cidadão, inclusive em juízo. Tanto não existe diferença entre processo judicial e administrativo no sistema do *Common Law* que Marcelo Caetano nos conta que o processo administrativo surgiu na Inglaterra em face da inexistência de poder da Administração Pública de executar suas próprias decisões, o que a levou, desde a lei de saúde pública de 1875, a buscar meios judicialiformes de atuação para vencer a resistência dos administrados que a reputavam ilegítima, símbolo de atuação despótica do Poder. Aliás, em sede brasileira, basta se ver, sobre o mesmo tema, a reação popular às medidas que o sanitarista Oswaldo Cruz apresentou no início do século XX para combater epidemias, o que foi depois lembrado nas medidas do Governo do Rio de Janeiro, em 2008, no combate à dengue. Até no sistema brasileiro há muitos setores em que a Administração Pública perdeu ou ficou proibida de exercer a autoexecutoriedade, como se vê, por exemplo, na desapropriação e na cobrança fiscal. Contudo, ainda há uma tendência despótica na atuação do Poder Público em sede administrativa, sob o falso fundamento do atendimento ao interesse público, como se vê, em exemplo atual, na apreensão, sem ordem judicial, de veículos automotores que não pagaram as multas de trânsito ou o imposto de propriedade veicular.

¹³ Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:...*

¹⁴ Deve-se distinguir entre lei e norma. A norma é a regra de conduta, constituída do preceito ou suporte fático, que é a descrição de uma conduta, e a sanção, que é a descrição das consequências que decorrem da incidência do fato descrito no preceito. As normas podem ser regras ou preceitos, que são as normas mais individualizadas, e princípios, que são as normas de maior incidência. Já a lei é expressão que se toma como representativa do texto, dos artigos e dispositivos que compõem o conjunto do Direito legislado. Assim,

pelo Parlamento (*statute Laws*) dispendo de caráter subsidiário.¹⁵

Já o sistema jurídico do *Civil Law*, que herdamos da Europa continental através de Portugal e da Espanha, coloca como principal fonte normativa o texto legal, como se vê no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e nos arts. 126 e 127 do Código de Processo Civil,¹⁶ seguindo-se a analogia (a aplicação ao caso semelhante da situação descrita em norma que não aquela que regula o fato), o costume (que é a norma empírica, a conduta decorrente da experiência social em situações como a objeto de análise) e os princípios gerais do Direito (como os conhecidos princípios que proíbem o dano ou o enriquecimento sem causa).

ao referirmos à fonte normativa, podemos expressar a lei, os costumes, os princípios gerais, enquanto, ao nos referirmos à lei, estamos limitados aos textos nos quais o legislador expressa a sua vontade. Na língua inglesa, *Law* expressa o Direito, enquanto lei é expressa por *statute*. A. Groppali, em sua *Filosofia Del Diritto* (Ulrico Hoepli, Milano, 1906, p. 199, no capítulo sobre o conceito de Direito), considera o Direito como o conjunto de normas irrefragavelmente obrigatórias, que, munidas de sanção e feitas valer pela autoridade do Estado, regulam as ações dos indivíduos e dos grupos sociais com o fim de assegurar o respeito, a retribuição, o socorro recíproco e a subordinação das pessoas na relação mais importante da vida social.

¹⁵ *Há em toda a lei uma ordem do legislador à nação. A nação, porém, só ouve essa ordem através da Administração. Uma lei raramente basta por si mesma. É, de alguma sorte, uma regulamentação de relance e pertence à Administração completá-la e precisá-la por uma regulamentação nova determinando o terra-a-terra das aplicações particulares. A Inglaterra, temendo o arbítrio administrativo, inscreve nas suas leis singularmente prolixas muitas disposições que a França reserva para os seus decretos, mas, dum modo geral, não há país que recuse ao governo o poder regulamentar. O regulamento é, em suma, uma interpretação da lei pela Administração; ora, uma interpretação, mesmo de boa-fé, é muitas vezes, assim como a tradução de um pensamento estrangeiro, uma espécie de traição; ainda que o regulamento se cinja bem ao texto legislativo, não deixa de ser, por definição, uma adição, um complemento à lei. E, no caso frequente em que as disposições legais não são completas em si mesmas, se o legislador não fixou um prazo máximo para a publicação do decreto, a Administração pode retardar indefinidamente, sem ilegalidade violenta, a aplicação efetiva da lei* (Jean Cruet, *A vida do Direito e a inutilidade das Leis*, Edijur, Leme-SP, 3ª edição, 2008, p. 87, obra lançada em 1908). Justamente se precavendo sobre a inércia estatal quanto à efetividade dos direitos individuais, a Constituição de 1988 estabeleceu que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º).

¹⁶ Art. 126. *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

Somente se autorizado pela lei, poderá o juiz aplicar a equidade, como descrito no art. 1.109 do Código de Processo Civil, ao tratar da denominada jurisdição voluntária: *O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.*¹⁷

A aplicação das normas legais como primeiro momento para a concretização do Direito, o chamado critério da legalidade estrita, constitui vinculação do juiz e do administrador à diretiva de conduta imposta pela norma legal ao Estado e à sociedade.

Somente se falhar a previsão do suporte fático pela norma legal é que poderão ser utilizados, sucessiva e supletivamente, os critérios da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito.

O critério da legalidade estrita é, assim, o triunfo da vertente racionalista, da pretendida capacidade do ser humano de planejar as condutas para o futuro, adiantando a solução dos problemas que certamente ocorrerão.

Contudo, é limitada, porque humana, a capacidade de planejamento do futuro.

Tal limitação forçou o legislador a dispor sobre a suplementação da norma legal nos mencionados art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil.

A equidade prestigia o empirismo, o reconhecimento de que os fatos devem ser conhecidos e enfrentados quando ocorrerem.

A equidade, como decorre do disposto no art. 127 da lei processual civil, é uma concessão do legislador ao empirismo, à situação concreta, ou, como dizia Jorge Americano em frase clássica, que o *juízo pela equidade confere ao juiz o poder de dar ao caso a norma que criaria se legislador fosse.*¹⁸

¹⁷ Tal poder judicial concedido pela lei não dispensa a fundamentação que se exige de todos os atos judiciais, como decorre do disposto no art. 93, IX, da Constituição.

¹⁸ Em comentário que se aplica perfeitamente ao atual Direito brasileiro, veja-se Yves Gaudemet, professor de Direito Público na Universidade de Paris II e Médiateur de la République francesa, em entrevista que se vê no http://www.mediateur-republique.fr/fic_bdd/pdf_fr_fichier/1115390735_M4Page4.pdf: “L'équité n'est pas une notion de droit, ni d'ailleurs la correction du droit. Elle est la correction des erreurs que l'application du droit peut commettre. Je crois que partout où le droit intervient, et dans les espaces de

O empirismo tem o seu relativo triunfo também no disposto no art. 335 da lei processual, pois na produção das provas, *em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.*¹⁹

Admitia-se que o critério da legalidade estrita, vinculando a conduta de todos à lei votada pelos representantes eleitos do povo, seria a única fonte normativa legítima da Administração Pública.

Contudo, a restrição da fonte normativa administrativa ao texto legal desde logo se mostrou inviável pelas novas e múltiplas funções do Estado moderno, abandonando o modelo do liberalismo clássico do *laissez faire, laissez passer*.

O Estado liberal que passou a predominar no século XIX como reação ao absolutismo real nos deixou a idéia, de todo herdada do sistema francês de Direito Administrativo, de que somente o Parlamento, como produtor da lei formal, poderia impor as condutas não só aos particulares, mas também à própria Administração Pública.

liberté qu'il laisse, l'équité a sa fonction. Mais en France, cette notion souffre d'être assimilée au principe d'égalité, qui plus est, d'égalité dans le malheur ! En d'autres termes, j'accepte une situation ou une décision défavorable, à condition qu'il en soit de même pour mon voisin... Nous sommes à l'opposé ici de l'attitude anglo-saxonne, plus constructive, reconnaissons-le..." (A equidade não é uma noção de Direito, nem mesmo a correção do Direito. Ela é a correção dos erros que a aplicação do Direito pode cometer. Eu creio que sempre que o Direito intervém, e dentro dos espaços de liberdade (ao aplicador) que ele deixa, a equidade tem a sua função. Mas em França esta noção acaba por ser assimilada ao princípio da igualdade, ou melhor, o da igualdade no infortúnio! Em outros termos, eu aceito uma situação ou uma decisão desfavorável, sob a condição de que seja a mesma para o meu vizinho... Estamos aqui em oposição à atitude anglo-saxônica, mais construtiva, devemos reconhecer...)

¹⁹ Talvez como reação racional a um sistema claramente empírico no sistema de provas, doutrinadores denominam de princípio da persuasão racional o que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil: *O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.* Ora, se o texto legal diz que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos do processo, significa que a apreciação da prova é fato evidentemente empírico, que depende do caso concreto e que não pode nem deve ser submetido a sistemas diretivos. Neste mesmo sentido é o que decorre do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição, admitindo no processo todos os meios de prova, desde que lícitamente obtidos.

O princípio da legalidade passa a se apresentar como a fonte normativa em que a conduta administrativa busca a sua legitimidade.

A atividade da Administração Pública não é realizada somente pelos agentes dos órgãos da Administração direta (como aqueles integrantes dos Poderes da República) ou indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou delegatários de serviços públicos (concessionários e permissivos), mas também a inumerável multidão daqueles que, até mesmo eventualmente, realizam atos de vontade ou transformam a realidade em nome da Administração Pública (como a celebração de casamentos religiosos com efeitos civis, ou, até mesmo, o particular que prende quem for encontrado em flagrante delito, como decorre do art. 301 do nosso vetusto Código de Processo Penal).

Tal conduta pode ser a transformação material da realidade (ato-fato ou fato material, como, por exemplo, a realização de uma obra pública ou o fato administrativo de uma aula na escola, ainda que em estabelecimento privado²⁰) como também pode ser a manifestação de vontade pelo órgão administrativo (como, por exemplo, a decisão que conduziu à execução da obra ou a aprovação do plano de curso em que se insere determinada atividade educacional).

Enfim, no Estado moderno não é fácil classificar os atos administrativos por seus agentes, pois a classificação material, que leva em conta o conteúdo do ato, cada vez mais alcança a atividade privada que também se obriga pela ordem jurídica a atender aos interesses que transcendem os individuais.

²⁰ A aula e os demais procedimentos do processo educacional constituem evidentemente fatos e atos administrativos, ainda que ministrados em estabelecimentos privados. Diz o art. 209 da Constituição que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as condições de cumprimento das normas estabelecidas nas gerais da educação nacional (no caso, notadamente a Lei de diretrizes e bases da educação nacional, a Lei Darcy Ribeiro) e a autorização e a avaliação de qualidade pelo Poder Público. Em outras palavras, os atos e fatos da educação, ainda que não sejam realizados por entidades públicas ou delegatárias do serviço público, constituem atos administrativos porque a atividade privada depende não só de prévia autorização como de avaliação (inclusive sobre a legalidade dos atos) pelo Poder Público. A Lei nº 9.394/96, a Lei Darcy Ribeiro, em seu art. 1º enuncia: *A educação abrange*

5. A SÚMULA VINCULANTE Nº 10 COMO REFORÇO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Supremo Tribunal Federal editou a sua 10ª Súmula vinculante que, como as demais súmulas vinculantes, tem força obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, como decorre do disposto no art. 103-A²¹ da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

O enunciado sumular tem a seguinte redação:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Em decorrência, afastar a incidência de lei ou ato normativo do Poder Público sem fundamento expresso em sua inconstitucionalidade constitui ato ilícito que não pode ser perpetrado pelos órgãos fracionários de Tribunal e, muito menos, pelos demais

os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. § 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias. § 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

²¹ 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.

agentes do Poder Judiciário ou da Administração Pública de todos os níveis federativos.

Note-se que o enunciado sumular traz a expressão ato *normativo do Poder Público*, encontrada no art. 97 da Constituição e que é a regra ou preceito da reserva do plenário, a exigir, desde a Constituição de 1934, que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial poderão os tribunais deixar de aplicar a lei ou ato normativo do Poder Público que afrontar a Lei das Leis.

Tal enunciado sumular vinculante, se aparentemente está dirigido aos órgãos fracionários de tribunais, na realidade apresenta uma dimensão normativa bem mais abrangente, permitindo a validação dos atos normativos públicos que não estejam sob a forma de lei, inclusive os múltiplos atos administrativos normativos que são editados profusamente pelo Poder Público. Tais atos administrativos normativos passam a ter a sua normatividade, ou força de incidência sobre os fatos que regula, garantida por reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal em procedimento célere preconizado no texto constitucional.

Enfim, a despeito de aparentemente não se dirigir o Enunciado nº 10 à Administração Pública, constitui o mesmo poderoso e eficiente meio de validação dos atos normativos administrativos, muitas vezes ignorados não só pelos órgãos judiciais como, principalmente, pelos órgãos da própria Administração Pública em quaisquer níveis federativos.

6. SÚMULA Nº 2 - BINGOS E LOTERIAS

É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

O enunciado expressa reiteradas decisões da Corte Constitucional no sentido de que se deve aguardar a legislação federal, de exclusiva competência da União (art. 22, XX), para regular o sistema de consórcios e sorteios, inclusive através de bingos e loterias, assim inviabilizando legislação estadual e distrital que incursionou sobre o tema, sob o fundamento de se inserir na competência remanescente.

É tema evidentemente administrativo, porque dependente a atividade privada de exploração dos consórcios e sorteios de prévia autorização ou licença administrativa.

Eventual liminar ou cautelar concedida em qualquer processo judicial poderá ser impugnada não só pelos recursos comuns²² como através de ações de impugnação, como a suspensão da segurança²³ ou a reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, em decorrência da violação do enunciado sumular.

7. SÚMULA Nº 3 - PROCESSO ADMINISTRATIVO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Ao mais apressado, que não acompanhe a jurisprudência da Corte Suprema, poderia parecer que a parte inicial do enunciado simplesmente repete a garantia do contraditório e da ampla defesa, para qualquer processo judicial ou administrativo, prevista no art. 5º, LVI, da Constituição, e que tal garantia teria sido miseravelmente cassada na parte final do mesmo dispositivo sumular.

Ocorre que o ato de concessão inicial da aposentadoria, reforma e pensão conceitua-se como ato administrativo composto, na classificação divulgada por Hely Lopes Meirelles,²⁴ seguindo

²² Adota-se o conceito de recurso como o meio de impugnação da decisão no próprio processo.

²³ Cristina Gutiérrez, *Da suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.

²⁴ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed., atual, Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho (Atual.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 172: *o ato composto distingue-se do ato complexo porque este só se forma com a conjugação de vontade de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade*. Tal classificação, no entanto, merece discrepâncias em outros autores e até mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que, em não poucos momentos, referem-se a tais atos como atos complexos.

a lição de Raneletti, em que a primeira manifestação de vontade, como a do chefe da repartição ou autoridade administrativa competente funcionalmente para a concessão, é suficiente para a produção dos efeitos iniciais, mas depende de homologação ou ratificação ou referendo do Tribunal de Contas.

Em consequência, não basta o caráter dialético do contraditório e da ampla defesa somente em face da Autoridade que primeiro concedeu a aposentadoria, reforma ou pensão, devendo se integrar em eventual lide judicial o respectivo Tribunal de Contas.

Neste aspecto, a súmula tenta resolver antiga pendenga doutrinária e jurisprudencial: a maioria das decisões precedentes aceitava que a impugnação da concessão de aposentadoria, reforma ou pensão se fizesse somente em face da Autoridade que primeiro manifestou a vontade, geralmente o chefe da repartição ou o chefe do Poder Executivo. Estes eram demandados como autoridades impetradas sem que se providenciasse a integração ao remédio procedimental o respectivo Tribunal de Contas, que, aliás, não raras vezes, foi a Autoridade que mandou proceder à correção ou anulação do ato.

Embora o enunciado somente se refira ao Tribunal de Contas da União, pelo princípio federativo da simetria, o mesmo é aplicável também nas dimensões estadual, distrital e municipal, quanto à respectiva Corte de Contas, inclusive os Tribunais de Contas dos Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro.

8. SÚMULA Nº 5 - DEFESA POR ADVOGADO EM PROCESSO DISCIPLINAR

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

O enunciado sumular não pretende a revogação ou insubsistência da garantia constitucional do caráter dialético dos processos judicial e administrativo, como mandado fazer pelo que decorre do disposto no art. 5º, LV e LVI, da Carta de 1988.

O enunciado sumular vinculante acompanha diversos precedentes da Suprema Corte que ensejaram a Súmula comum nº 523:

No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Referência: Cód. Proc. Penal, arts. 563, 564, III e 564, III, c; Habeas Corpus 42.274, de 10-6-65 (Rev. Trim. Jurisp. 33/717); 43.501, de 22-8-66 (Rev. Trim. Jurisp. 38/581); 45.015, de 20-2-68 (D. de Just. de 26-4-68) e 45.336, de 29-3-68 (D. de Just. de 4-10-68).

Pode-se facilmente depreender dos seus termos que a Súmula vinculante nº 5 não dispensa a defesa no processo administrativo, mesmo porque não poderia fazê-lo em face dos termos expressos no art. 5º, LVI, da Constituição.

O que o enunciado dispensa, como regra geral, é a defesa técnica por advogado e a necessidade de tal somente pode ser apurado em cada caso, de acordo com o tema em debate no processo.

A Constituição e as leis não condicionam o exercício da defesa somente ao profissional jurídico, porque o conceito de defesa técnica está intrinsecamente ligado ao ponto principal de decisão no processo (o denominado *meritus causae*) e somente pode ser apurado em cada situação concreta.

A Súmula nº 523 refere-se ao processo penal, porque editada em época anterior ao disposto no art. 5º, LV e LVI, da Constituição de 1988, mas deve ser interpretada como abrangente de todos os processos sancionatórios ou punitivos e que restrinjam, em maior ou menor grau, o exercício dos direitos.²⁵

²⁵ A Lei nº 9.784/99, sobre o processo administrativo federal, bem indica a extensão do ato administrativo ao dispor no art. 50: *Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma nature-*

Em caso caso, em cada processo, deve-se apurar se a deficiência da defesa é suficientemente densa para anular os atos processuais, em atenção, inclusive, à parêmia *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).²⁶

Os termos do enunciado vinculante somente se referem ao processo disciplinar administrativo, o qual, de praxe, é considerado como processo administrativo²⁷ cujo objeto seja a conduta do servidor público.

Contudo, em atenção ao devido processo exigido pelo disposto no art. 5º, LV, como garantia em qualquer processo que alcance a liberdade e os bens, verifica-se que o enunciado sumular alcança não somente o âmbito restrito dos servidores públicos, mas todo e qualquer processo sancionatório ou punitivo, inclusive aqueles realizados por entidades privadas, como, por exemplo, o processo de exclusão de associado previsto no art. 57 do Código Civil: *A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.*

Evidentemente, em se tratando de processo que não tenha sede em órgãos da Administração Pública, a incidência da súmula vinculante somente ocorrerá em face de decisão judicial, como seria, por exemplo, o indeferimento pelo juiz de pretensão cautelar de associado excluído sem defesa técnica suficiente.

za, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

²⁶ Ver o disposto no art. 250 do Código de Processo Civil e art. 564 do Código de Processo Penal. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelece como direito do administrado, em seu art. 3º, IV, o de *fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força da lei.* A parte final deste dispositivo merece, então, interpretação conforme o enunciado sumular em comento e a antiga Súmula nº 523, no sentido de que somente se pode apurar em cada caso a necessidade e a atuação da defesa técnica por advogado.

²⁷ Jessé Torres Pereira Júnior, na sua premiada obra *O direito à defesa na Constituição de 1988* (Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p. 87), afirma que *o processo administrativo é a fronteira entre a discricionariedade - atributo que ressaí da lei para o uso legítimo da autoridade administrativa - e a arbitrariedade - agir contrário à lei, à margem dela ou por ela desautorizado.*

9. SÚMULA Nº 6 - REMUNERAÇÃO DE PRAÇAS PRESTADORES DE SERVIÇO MILITAR INICIAL

Não viola a Constituição da República o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para os praças prestadores de serviço militar inicial.

Não se pense que o novo enunciado veio revogar a garantia constitucional do salário mínimo ou que agora esteja permitido qualquer ataque ao princípio da dignidade humana.

Em precedente que foi indicado como fundamento do enunciado, o Recurso Extraordinário nº 570.177, consta no acórdão lavrado pelo Ministro Ricardo Lewandovsky:

CONSTITUCIONAL. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. SOLDADO. VALOR INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, III, 5º, CAPUT, E 7º, IV, DA CF. INOCORRÊNCIA. RE DESPROVIDO.

I - A Constituição Federal não estendeu aos militares a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo, como o fez para outras categorias de trabalhadores.

II - O regime a que submetem os militares não se confunde com aquele aplicável aos servidores civis, visto que têm direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos próprios.

III - Os cidadãos que prestam serviço militar obrigatório exercem um múnus público relacionado com a defesa da soberania da pátria.

IV - A obrigação do Estado quanto aos conscritos limita-se a fornecer-lhes as condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas.

V - Recurso extraordinário desprovido.

(RE 570177, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-09 PP-01737).

Decorre de tal precedente a incidência restrita dos termos sumulares aos cidadãos que prestam serviço militar obrigatório,

expressa a obrigação da União para os conscritos somente ao fornecimento de condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório.

10. SÚMULA Nº 11 - USO DE ALGEMAS

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Certamente é a mais controvertida das súmulas vinculantes, ultrapassando em polêmica a súmula nº 13, que proíbe o nepotismo.

Contudo, refere-se evidentemente ao poder de polícia que é uma das faculdades ou poderes da Administração Pública, e assim está conceituado no art. 78 do Código Tributário Nacional: *Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.*

Como um dos precedentes que fundamentaram a edição do enunciado, está o Recurso de Habeas Corpus nº 56.465, julgado em 1978, constando como relator o Ministro João Batista Cordeiro Guerra, e com a seguinte ementa:

Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário à ordem dos trabalhos e à segurança, testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. Inépcia da denúncia não comprovada. RHC improvido (RHC 56465, Relator: Min.

Cordeiro Guerra, Segunda Turma, julgado em 05/09/1978, DJ 06-10-1978 pp. 00415).

Pontes de Miranda já ensinava:

*O conceito de prisão é dado por sugestões históricas já as-sentes nos povos cultos e significa qualquer restrição à liber-dade física, por detenção, ou retenção, dentro de casa, ou de penitenciária, ou de casa fechada destinada à punição, ou à correção, ou ainda, qualquer constrangimento à liber-dade física mediante algemas, ou ligações a pesos, ameaça, ordem de ficar, de ir, ou de vir, de permanecer dentro de determinada zona etc.*²⁸

Adotando tal ensinamento como epígrafe, em artigo intitu-lado “Constituição, prisão e algemas”, em 1994, tivemos a opor-tunidade de anotar:

Em nosso país, há traços culturais atávicos ligados ao em-prego de algemas e à revista pessoal do preso.

Há quem entenda que o preso de melhor condição social, ou portador de títulos, não pode ser algemado nem pode sofrer a revista pessoal, no momento da detenção, o que constitui-ria intolerável tratamento degradante.

Tal deturpada forma de pensar é reminiscência da legisla-ção colonial, distinguindo entre “pessoa de qualidade” e “peão”. Contudo, desde então, muitas revoluções tronitro-aram os princípios liberais de “liberdade, fraternidade e igualdade”, sempre citados, nem sempre cumpridos.

A questão do emprego de algemas e de realização da re-vista pessoal é absolutamente secundária. O que importa é a prisão e a sua juridicidade: se há juridicidade na prisão,

²⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987, 6 tomos, tomo V, p. 215.

conseqüentemente há juridicidade no uso das algemas e na revista pessoal.

Não importa o fundamento da prisão: provisória, definitiva, por inadimplemento de pensão alimentícia, em flagrante delito por contravenção - qualquer preso deve ser, de imediato, revistado e algemado.

A revista é para recolher objetos cujo porte, pelo preso, sejam incompatíveis com a sua situação jurídica.

As algemas manietam o preso, inibem sua movimentação, desestimulam a fuga, tranquilizam o custodiador, desarmam os espíritos dos envolvidos.

Consideram-se algemas não só aquelas usadas nos braços, mas até mesmo as eletrônicas, presas ao corpo do preso, que transmitem sinais de sua localização para uma central. Nem todo algemado está preso; mas todo preso deve ser algemado. O constrangimento, se houver, está no fato da prisão e não no fato do emprego das algemas.²⁹

O enunciado sumular parece indicar que o uso de algemas está restrito somente ao preso, sem se referir ao detido.

No entanto, o Direito pátrio de há muito distingue entre prisão e detenção.

Está preso aquele submetido a mandado judicial ou quem, encontrado em flagrante delito, foi autuado pela autoridade policial que lhe mandou entregar a nota de culpa referida no Código de Processo Penal.

Está detido quem, não sendo preso, encontra-se com o seu direito de locomoção limitado, como, por exemplo, aquele que foi encontrado em flagrante delito e está sendo conduzido à presença da autoridade policial para ser autuado, se for o caso, ou quem está submetido a mandado de condução, ou quem é testemunha e é mantido incomunicável à disposição da autoridade judicial ou

²⁹ Nagib Slaibi Filho, “Constituição, prisão e algemas”, em: *Boletim da ADV/COAD*, Informativo nº 7, ano 14, p. 89 a 86, de 18 de fevereiro de 1994; *Revista Ação Policial*, edição nacional, p. 7 a 12; *Livro de Estudos Jurídicos*, coordenado por James Tübenchlak e Ricardo Silva de Bustamante, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1994, n° 8, p. 264 a 271.

policial encarregada da instrução. Aliás, contra os presos que fogem do estabelecimento de custódia expedem-se mandados de captura e não de prisão, pois são considerados presos que devem ser capturados...³⁰

O enunciado sumular somente se refere ao preso e caso se entendes-se que somente quem está submetido à prisão poderia ser algemado, o agente da autoridade não poderia algemar aquele que está conduzindo à presença da autoridade para autuação em flagrante delito.

De qualquer forma, na parte final do enunciado, há referência à nulidade da prisão ou *do ato processual a que se refere*, de onde se pode extrair que o uso de algemas é jurídico ainda que não haja tecnicamente a prisão.

A inovação jurídica que se encontra no texto sumular está no dever do agente público que utilizou a constrição por algemas de fundamentar a medida excepcional, que somente se torna legítima *em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros*.

O suporte fático da norma refere-se à resistência, o que também constitui tipo penal, bem como a fundado receio de fuga

³⁰ Veja notícia publicada em 24 de novembro de 2008: *Mandado de Captura. Ministros de Justiça e do Interior do MERCOSUL discutiram, na última sexta-feira (21), em Porto Alegre (RS), a criação do Mandado de Captura para a região. O sistema terá por modelo o mandado europeu, em vigor desde 2004 entre 27 países, muito semelhante ao de uma extradição, só que mais célere. Os procedimentos europeus levam, em média, de 13 a 90 dias para a tramitação completa. No Brasil pode chegar a três anos a efetivação da entrega de um extraditando. De acordo com a Unidade Européia de Coordenação Judiciária (Eurojust), foi registrado um caso de detenção recorde - apenas 2h de operação. “O mandado de captura do MERCOSUL é fundamental para que as nossas barreiras sigam se caracterizando como elementos de integração e não de impunidade para aqueles que se escondem em terras fronteiriças”, destacou o ministro Tarso Genro, durante o discurso de encerramento do encontro na capital gaúcha. O assunto também esteve na pauta do VI Encontro de Cortes Supremas do MERCOSUL, realizado no Supremo Tribunal Federal (STF), em Brasília. O secretário-executivo do Ministério da Justiça, Luiz Paulo Barreto, lembrou que a globalização da economia favorece o desenvolvimento e o progresso das nações, mas também facilita a ação de criminosos. “As nações se vêem forçadas a modernizar suas técnicas investigatórias, seus mecanismos de persecução criminal, seus ordenamentos jurídicos”. Segundo o secretário-executivo, a extradição é um processo muito formal e moroso, com dupla execução, por envolver o Judiciário e o Executivo. O Brasil mantém acordos de extradição com 24 países. Estão submetidas à apreciação do Congresso Nacional mais oito solicitações de cooperação internacional.*

ou de perigo à integridade física do agente ou de terceiros, vindo a ameaça não só do preso como também de terceiros.

Pelo que decorre dos termos sumulares, a decisão do uso de algemas incumbe ao agente público que realiza a prisão, e, em consequência, do que está disposto no art. 301 do Código de Processo Penal, também do particular que realiza o ato de prender aquele que for encontrado em flagrante delito³¹.

No documento em que justificar a utilização das algemas, deverá o agente demonstrar em que residiu o seu fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física sua ou de terceiros. Vê-se, assim, que o enunciado sumular concedeu amplo campo de atuação ao agente o qual pratica ato vinculado a tais motivos, embora estes sejam abertos.

Na apreciação dos fatos, se houver dúvida sobre a veracidade do afirmado pelo agente, que tem a sua conduta contestada pelo preso, tal dúvida opera em favor daquele que está no exercício da função pública, pois ele tem, ou deveria ter o domínio dos fatos e exerce múnus público, respondendo pela correção da sua atuação.

Aqui, por se tratar de ato processual ou pré-processual, não se aplica o brocardo *in dubio pro reo* mas o *in dubio pro societate* decorrente do poder de polícia da Administração Pública.

11. SÚMULA Nº 12 - COBRANÇA DE MATRÍCULA NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

A cobrança de taxa de matrícula nas Universidades Públicas viola o disposto no artigo 206, inciso IV, da Constituição Federal.

Entre os precedentes que instruíram o enunciado sumular, está o Recurso Extraordinário nº 500.171, sob o relato do Ministro Ricardo Lewandovsky, com a seguinte ementa:

³¹ Assim, os agentes privados de segurança, no exercício de sua função, estão também autorizados à utilização das algemas para conduzir aquele que foi encontrado em flagrante delito à autoridade policial. A qualificação do fato, ou se saber se o mesmo é suficiente para autorizar a prisão ou se o agente vai responder solto ao processo, é tema de competência da autoridade a quem o mesmo foi apresentado.

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ESTABELECIMENTO OFICIAL. COBRANÇA DE TAXA DE MATRÍCULA. INADMISSIBILIDADE. EXAÇÃO JULGADA INCONSTITUCIONAL.

I - A cobrança de matrícula como requisito para que o estudante possa cursar universidade federal viola o art. 206, IV, da Constituição.

II - Embora configure ato burocrático, a matrícula constitui formalidade essencial para que o aluno tenha acesso à educação superior.

III - As disposições normativas que integram a Seção I, do Capítulo III, do Título VIII, da Carta Magna devem ser interpretadas à luz dos princípios explicitados no art. 205, que configuram o núcleo axiológico que norteia o sistema de ensino brasileiro. (RE 500171, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO, DJe-202, DIVULG 23-10-2008, PUBLIC 24-10-2008, EMENT, VOL-02338-05, PP-01014.)

Ficaram vencidos os Ministros Carmen Lúcia, Eros Grau, Celso de Mello e Gilmar Mendes, entendendo que a disposição do mencionado art. 206, IV, não impede a cobrança da contribuição ou preço público ou tarifa³² de matrícula aos alunos que tenham condições de pagá-las.

12. SÚMULA Nº 13 - VEDAÇÃO AO NEPOTISMO

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes

³² Evidentemente, como bem observou a Ministra Carmen Lúcia, não se trata de taxa, que é espécie tributária e sim de tarifa, ao teor da Súmula nº 545, do Supremo Tribunal Federal.

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

É certamente a súmula vinculante mais famosa e sua edição mereceu a imediata crítica de muitos que consideraram que a Suprema Corte simplesmente atropelou o Congresso Nacional, onde ainda tramita, há algum tempo, emenda constitucional que intenta vedar o denominado nepotismo na Administração Pública.

O longo enunciado sumular reproduz, em linhas gerais, uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que vedava o denominado nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, em ato normativo que decorreu da declarada e malsucedida intenção de se colocar tal proibição na Emenda Constitucional que tomou o nº 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004 e vigência a contar do ano seguinte, intitulada “Reforma da Justiça”.³³

Não foi simples a conversão da resolução do Conselho Nacional da Justiça, que somente tem autoridade sobre os órgãos do Poder Judiciário, em súmula vinculante, aplicável aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública de todos os Poderes e em todos os níveis federativos, mas não aos órgãos de cúpula dos Poderes Executivo e Legislativo, que são órgãos políticos e não meramente administrativos.

Decisão da Ministra Carmen Lúcia, na Medida Cautelar ao Mandado de Segurança nº 27689 - DF, entendeu que incumbe ao Diretor-Geral do Senado Federal, que ostenta a qualidade de agente administrativo e não de agente político, como os parlamentares, o cumprimento da súmula vinculante e que o mesmo não está sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal e, sim, da Justiça federal comum para fins de competência no julgamento de mandado de segurança.

³³ A súmula vinculante ora em comento evidentemente revogou todas as leis e os demais atos normativos infraconstitucionais sobre o tema, inclusive os atos do Conselho Nacional de Justiça, e até mesmo ato normativo interno do Supremo Tribunal Federal; contudo, como as decisões do Conselho Nacional de Justiça declaradamente constituíram a causa da súmula vinculante, ainda continuam servindo de paradigma e meio de interpretação para as necessárias interpretações que se fizer em torno do enunciado sumular.

Contudo, a prática na aplicação da Súmula vinculante nº 13 tem demonstrado que a mesma não incide na designação de cargos evidentemente políticos, ou de membros do Poder, como se refere o disposto no art. 37, XI, da Constituição, podendo os Chefes de Poderes Executivo nomear parentes, cônjuges e companheiros como Ministros ou Secretários estaduais, municipais e distritais.

13. CONCLUSÃO

A súmula vinculante constitui poderoso instrumento de garantia do princípio da legalidade administrativa que não mais pode ser considerado, como no Estado liberal clássico, a simples e imediata obediência aos termos da lei formal, mesmo porque o legislador, por seu caráter humano, não tem a capacidade de prever todos os fatos futuros.

O princípio da legalidade decorre também dos demais princípios constitucionais e constitui racional diretriz para a atuação da Administração Pública, sem que fiquem tolhidos os seus meios de atuação decorrentes da experiência adquirida ao longo do tempo e das rotinas de procedimento.

As súmulas vinculantes de conteúdo administrativo, editadas até final de 2008, decorrem, em grande parte, de precedentes do Supremo Tribunal Federal ao julgar as matérias indicadas, agregando, aos enunciados, elementos decorrentes de sua competência hermenêutica em tema constitucional, assim aclarando os seus termos para permitir o seu inteiro cumprimento. 

Cartão de Crédito

Ações Propostas Contra as Empresas Titulares das Marcas (Bandeiras). Ilegitimidade Passiva

Marco Antonio Ibrahim
Desembargador do TJ/RJ.

No sistema jurídico brasileiro, como se sabe, não há regulamentação legal específica para a utilização de cartões de crédito e por isso as relações entre os titulares dos cartões e as empresas têm sido disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Usura, observado o conteúdo das Súmulas nº 283, 294 e 296 do Superior Tribunal de Justiça. Não raro, ademais, são invocados dispositivos das Leis nº 4.595/64, 9.613/98, 10.467/2002 (lavagem de dinheiro), da Lei Complementar nº 105/2001, da Instrução Normativa SRF nº 341/2003 e da Resolução nº 2.878 do Conselho Monetário Nacional.

A utilização do cartão de crédito como meio de pagamento envolve uma complexa rede de empresas e contratos cuja natureza nem sempre se mostra transparente para os consumidores. Integram o sistema, entre outras, empresas chamadas *bandeiras*, que são as titulares das respectivas marcas; as que são *emissoras de cartões*; as instituições financeiras (caso as emissoras não sejam elas próprias instituições financeiras); *as empresas credenciadoras*; *os estabelecimentos comerciais credenciados*; *as processadoras de meios eletrônicos de pagamento* e, por fim, as pessoas físicas e jurídicas titulares e usuárias do cartão de crédito.

No Brasil, as principais *bandeiras* de cartões de crédito são *Diners Club*, *Visa*, *MasterCard* e *American Express*. Para os cartões de débito, as principais bandeiras são *Visa Electron*, *Cheque Eletrônico* e *Maestro*. Ao adquirir um cartão de crédito, o usuário es-

tabelece uma relação jurídica com a empresa emissora do cartão, sem qualquer vínculo - legal ou contratual - com as corporações que detêm a titularidade das marcas. Já ao utilizar o cartão de crédito para a aquisição de produtos ou serviços, o consumidor cria uma relação negocial com o fornecedor, independente daquela que mantém com a empresa emissora do cartão. Se adquiriu produto (ou lhe foi prestado serviço) defeituoso, não deve imputar ações contra a empresa ou banco emissor do cartão. Por outro lado, se pretende questionar faturas, taxas de juros ou obter indenização por negativação indevida, não haverá de demandar o fornecedor, afinal de contas, no direito brasileiro, é secular a regra de que a *solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes* (art. 265 do Código Civil de 2002).

A seu turno, as pessoas jurídicas titulares das marcas (bandeiras) não firmam qualquer contrato com o titular ou usuário do cartão, cuja aquisição resulta de contrato entre consumidor e empresas ou bancos emissores. As *bandeiras* são empresas transnacionais que definem políticas e estratégias de utilização dos cartões, patrocinam sua publicidade e padronizam os procedimentos que devem ser adotados pelas empresas emissoras dos cartões, às quais cedem e outorgam licença para o uso de sua marca - *Visa, MasterCard etc.* Pode acontecer de a titular da bandeira também ser a emissora e a própria credenciadora de estabelecimentos conveniados. Era o que ocorria com a *American Express* (atualmente a sociedade emissora, no Brasil, é o *Banco Bankpar S.A.*, vinculado ao conglomerado Bradesco) mas o que se dá, na generalidade dos casos, é uma nítida individualização contratual e operacional entre as diversas pessoas jurídicas que integram o sistema.

O *Banco Itaú*, por exemplo, emite cartões *Itaucard Visa, Itaucard MasterCard* e o *Diners Club*. Quando o banco do Brasil emite o cartão *Ourocard Visa*, está implícito que o Banco tem um contrato com a empresa titular da marca *Visa*, por via do qual se torna autorizado a avençar com terceiros as pessoas que serão titulares e usuárias do cartão *Ourocard Visa*.

Não há que se confundir, também, a bandeira ou o emissor do cartão com as empresas de credenciamento comercial. No Brasil,

os cartões com a marca *Visa* e *MasterCard* têm como credenciadoras a *VisaNet* e a *Redecard*, respectivamente. De ordinário, apenas os cartões administrados por empresas não financeiras, como os cartões de lojas e supermercados, são emitidos e administrados pelas próprias empresas detentoras das marcas, as quais se utilizam de cláusula-mandato para obter financiamento no caso de não pagamento integral da fatura pelo cliente.

Dessa arte, exceto nos casos em que as personas integrantes do sistema façam parte de um mesmo *conglomerado econômico*, as normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor não legitimam o reconhecimento de um liame consumerista onde sequer existe relação jurídica - abstraídas, naturalmente, as hipóteses de incidência dos art. 17 ou 29 da Lei nº 8.078/90. Portanto, se há pretensão de indenização por danos materiais ou morais, à declaração de inexistência de débito, revisão de contrato por abusividade de juros, ou ao cancelamento de registros de negativação etc., o autor deverá aviar ação contra a empresa emissora do cartão do qual é usuário, porque não há relação de preposição entre a instituição bancária emissora e a titular da marca, que, por sua vez, não é administradora de cartões de crédito.

Sobre ser algo escassa a literatura jurídica a respeito do tema, não parece haver registro categórico de que as bandeiras tenham legitimidade passiva em casos tais. E tanto é assim que

A doutrina não apresenta divergências sobre as relações jurídicas entre as partes envolvidas no sistema, que consiste basicamente em três relações específicas com características próprias e naturezas distintas uma das outras, ou seja, a “relação entre titular e administradora, administradora e fornecedor aderente, e relação entre cliente e fornecedor aderente”. (PRADO, Wilson, Responsabilidade Civil das Administradoras de Cartão de Crédito, São Paulo, Editora Pillares, 2005, p. 141)

A tese da ilegitimidade passiva das chamadas bandeiras já foi reconhecida por acórdão do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Descaracterizada na instância ordinária a existência de conglomerado econômico, não tem a empresa comercial, que cede seu nome para ser usado em cartão de crédito, legitimidade passiva para responder em ação de revisão de cláusulas contratuais diante da cobrança de encargos excessivos. Recurso Especial conhecido e provido. (REsp nº 652.069, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, julgado em 14/12/2006, unânime)

Na fundamentação apresentada em seu voto, o Ministro relator revela clarividência quanto à definição desta peculiar questão processual, cuja análise, bem de ver, torna imprescindível a avaliação do papel específico de cada empresa no sistema.

Por outro lado, a empresa comercial que mantém contrato de cessão do nome para utilização em cartão de crédito não pode ser parte legítima em ação de revisão de cláusulas contratuais relativas aos encargos cobrados em cartões de crédito, porquanto não tem qualificação apropriada para fazer modificá-las. O que existe, na minha compreensão, é apenas um contrato separado entre a empresa administradora de cartão de crédito e a empresa comercial para a utilização do nome da última em cartão de crédito da instituição financeira. A marca da empresa, assim, aparece no cartão de crédito, mas a empresa é aquela da origem do cartão. Não se trata de cartão emitido pela própria empresa comercial, mas, tão somente, de cartão de crédito emitido por instituição financeira autorizada que usa a marca da empresa ao lado da sua. Com isso, não há como identificar a legitimidade passiva - (sem destaques no original)

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, há entendimentos no mesmo sentido.

Apelação. Contrato de cartão de crédito. Legitimidade passiva. Inclusão do nome da apelante em cadastro de restrição

ao crédito. Decisão que reconheceu a ilegitimidade passiva. O titular da relação jurídica no contrato de cartão de crédito é a administradora do mesmo, que também trabalha com a “bandeira” Mastercard. Alegação de que a apelada teria direito sobre os créditos, que não procede. Ilegitimidade passiva, comprovada. Sentença que se confirma. Improvimento do recurso. (Apelação Cível nº 2003.001.23693, Décima Oitava Câmara Cível, TJRJ, Relatora DES. CELIA MELIGA PESSOA, unânime, j. 07/10/2003)

Civil. Consumidor. Cartão de crédito. Ação indenizatória. Ilegitimidade passiva. Distinção entre a empresa detentora da marca e a emissora do cartão. Inexistência de conglomerado econômico. No caso dos autos, o autor pretende indenização por danos morais e cancelamento de débito ao argumento de que houve cobrança indevida de quantias já pagas. ... as pessoas jurídicas titulares das marcas (“bandeiras”) não firmam qualquer contrato com o titular ou usuário do cartão cuja aquisição resulta de contrato entre consumidor e as empresas ou Bancos emissores. As “bandeiras” são empresas transnacionais que definem políticas e estratégias de utilização dos cartões, patrocinam sua publicidade e padronizam os procedimentos que devem ser adotados pelas empresas emissoras dos cartões, às quais cedem e outorgam licença para o uso de sua marca - Visa, MasterCard, etc. Ilegitimidade reconhecida. Sentença reformada. (Apelação Cível nº 2008.001.46398, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, maioria, julg. em 17/9/2008)

Nosso país é dotado de uma das mais completas e avançadas legislações de defesa do consumidor, o que tem contribuído para uma sensível melhoria na prestação de serviços e crescente conscientização de que o enquadramento constitucional de tal proteção veio de outorgar ao consumidor um verdadeiro direito ao respeito. Isso, entretanto, não justifica exegeses elásticas para defesa do consumidor, à *outrance*. Assim, fiel a critérios jurídico-processuais

e observando o efetivo alcance e a natureza dos contratos Brasil afora, a jurisprudência tem reconhecido a ilegitimidade passiva das bandeiras quanto às demandas oriundas de relações jurídicas entre usuários de cartões de crédito e bancos emissores, administradoras de cartões ou vendedores.

Cautelar de Exibição de Documentos. Contrato de Cartão de Crédito. Ilegitimidade Passiva da Ré. A Empresa Visa do Brasil Empreendimentos Ltda. apenas concede licença para o uso da marca. Quem oferece serviço de Cartão de Crédito com a Bandeira da marca Visa, entre outras, são as Instituições Financeiras Administradoras de Cartão de Crédito. Logo, no caso em tela, a contratação se operou entre a autora e o Banco Citibank (emissora e administradora do cartão de crédito). Gratuidade processual deferida. Suspensão dos efeitos da condenação. Inteligência do art. 12 da lei 1.060/50. Recurso conhecido e provido parcialmente. (Apelação Cível nº 0397/2007, Grupo II da 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO, julgado em 09/09/2008)

Apelação cível. Ação revisional. Cartão de crédito. Ilegitimidade passiva. Demanda ajuizada contra quem cedeu o direito de utilizar a marca Visa, quando deveria ser intentada contra o emissor do cartão, Caixa Econômica Federal, empresa responsável pela emissão e administração dos cartões de crédito. Mantida a sentença de extinção do feito. Apelo improvido. (Apelação Cível nº 70018235796, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: DES. HELENA RUPPENTHAL CUNHA, julgado em 14/03/2007)

Apelação cível. Ação revisional. Cartão de crédito. Ilegitimidade passiva. É a administradora de cartões de crédito parte legítima para figurar no polo passivo da ação, e não a licenciadora das bandeiras, como a Mastercard. Nesse pas-

*so, in casu, são legitimados para responder à ação revisio-
nal o Citibank e o Banco Fiat, com quem, de fato, firmada
a relação de direito material que originou a emissão dos
cartões. Apelo improvido. (Apelação Cível nº 70012339727,
Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,
Relator: DES. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em
17/08/2005)*

Não há, portanto, legitimidade passiva das empresas titula-
res de marcas (bandeiras) de cartões de crédito sempre que a ação
disser respeito ao exclusivo relacionamento jurídico havido entre
o usuário e a empresa emissora do cartão, em geral, instituições
bancárias.

Não se nega que podem ocorrer circunstâncias em que o
usuário sofra danos provocados por ato omissivo ou comissivo da
própria bandeira, como em casos de propaganda enganosa, mas
aí a hipótese desborda dos lindes da responsabilidade meramente
contratual, embora submetida às normas e princípios de proteção
e defesa do consumidor. ☐

Os Desafios da Pena de Prisão e do Encarceramento Cautelar*

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.
Professor da Escola da Magistratura e Pre-
sidente do Fórum Permanente de Execução
Penal (EMERJ).*

Desde a tradicional fórmula de Sêneca (*punitur quia peccatum*) até a sua oposição (*punitur ne peccetur*), variam as pautas no aspecto formal, mas não de fundo, abarcando múltiplas e distintas tendências procurando construir o fundamento e a finalidade da pena, como instrumento estatal de reação punitiva, consequência inevitável da realidade do injusto, na proteção dos bens jurídicos e *ultima ratio* do controle social.

A existência do Direito Penal flui da necessidade de sobrevivência de um modelo societário que dele depende para a manutenção de suas condições básicas de convivência. A pena tornou-se uma ferramenta indispensável ao funcionamento do sistema social (“*uma amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos que são os homens*”).

Registre-se que o primeiro estabelecimento prisional com características assim definidas surge em 1552, em Londres (“*House Correction*”), que tinha a característica do recolhimento de va-

*Palestra inaugural do Curso de Execução Penal para juízes proferida na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 8.5.2009 e na 182ª reunião do Fórum Permanente de Execução Penal da EMERJ, realizada em 13.08.2009.

gabundos, que eram obrigados a trabalhar e, somente em 1840, na Ilha de Nolkfold, situada na Austrália, surge o modelo prisional progresso tendo como pilares o direito de execução penal, coadjuvado pelo princípio da proporcionalidade, visando a substituir a autoridade pela benignidade e os castigos por prêmios. As lutas de Jeremy Bentham, primeiro teórico da execução da pena, William Blackstone, comentador da legislação penal inglesa, e John Howard (“*Penitentiary houses*”) pela quebra do silêncio absoluto entre condenados e agentes, isolamento celular noturno, atividades diurnas coletivas, conquista pelo mérito do *ticket of livre*, retratam os avanços e graves retrocessos do século XVI até o presente século XXI.

Se a conduta viola os *padrões de intolerabilidade* diante do conflito de interesses entre indivíduos, colocando em risco a paz social, o Estado se vê legitimado a criar instrumentos rigorosos de controle, incriminando determinados tipos de comportamentos desviantes, com o objetivo de proteger bens e interesses de real valor jurídico e social.

A pena de prisão é uma exigência traumática, contudo *ainda* imprescindível, que objetiva a *punição* como uma *finalidade socialmente útil* numa relação de *causa* e não de *finalidade*, cuja *teoria* é um mar de questionamentos irrespondíveis. É a principal *consequência jurídica do injusto*, causa e fundamento justificador, constituindo-se no seu antecedente lógico e pressuposto normativo.

No estudo da *teoria da pena*, convergem vários segmentos cujas raízes são multidisciplinares, traduzindo-se em um esforço conjuntural para racionalizá-la e descrever seus contornos éticos. Trata-se de uma área cinza, controvertida e plena de tensões emocionais. Nos tempos contemporâneos, constata-se, nos estudos teóricos, doutrinários e práticos, a *necessidade da construção* de uma teoria na direção de um *modelo garantidor*. Desde o movimento da *Nova Defesa Social*, capitaneado por Marc Ancel, procurou-se assento na *legalidade* e na *humanidade* do sistema político-criminal, presente a ideia do Estado Democrático de Direito em toda a concepção da defesa social nova, com a presença do *juiz garantidor dos direitos individuais*. A verdade sublinhada

por Roxin coloca em evidência um quadro pouco animador na direção de que nenhuma das teorias resiste à crítica.

Dentro do espectro global da discussão temática, poder-se-ia afirmar que, nos tempos atuais, objetiva-se *aperfeiçá-la*, quando *imprescindível* e, *substituí-la*, quando *oportuno* e *possível*, por *penas alternativas*. Relevante a visão de Von Liszt de pena necessária (*oportuna e proporcional*), tornando a execução um caminhar da *desprisionalização* pela adoção e *endereços substitutivos*.

A função do Direito Penal está vinculada às concepções sobre a *legitimidade* através da realização de ideias de justiça. Assim, só se justifica o Direito Penal como um *instrumento socialmente útil*, e o valor assinalado às suas funções é o *fundamento de sua legitimidade*.

A sua história é a história de sua *abolição por estágios reformistas*, observando-se que os *avanços na defesa da dignidade humana* surgem na luta contra o poder estatal. A perda de importância da pena privativa de liberdade está ligada à pauta permanente da revisão do sistema punitivo. Já foram palavras de impacto usadas pelos penitenciariastas: *recuperação, ressocialização, readaptação, emenda, reinserção, reeducação*, em um verdadeiro processo de mistificação da “*salvação*” do delinquente. O processo de *massificação* destruiu qualquer tentativa de implantação de um sistema científico-pedagógico, tornando-o *mito da ressocialização*.

Os *males da prisão* são visíveis no *processo de rotulagem e etiquetamento* do encarcerado. É impossível reavaliar positivamente alguém oferecendo-lhe como suporte o cumprimento de pena privativa de liberdade em instituição total. No atual estágio brasileiro, o seu cumprimento é simplesmente um *episódio trágico* para quem a suporta e um fator constante de conflito, colocando em risco a tranquilidade social e a segurança pública.

Inexistem efetivos e duradouros programas de inserção macrossocial, mas *mero e simples encarceramento*, gerando grupos e comandos marginais de autoproteção que se transmudam em fortes braços do crime organizado nos grandes centros urbanos.

Não se pode limitar as finalidades da pena de prisão a um único objetivo. A nosso sentir, busca, mediante condicionamentos

naturais e uma metodologia de informação, *conscientizar* o apenado a *aceitar valores macrossociais*, separando os questionamentos que possam traduzir um *impasse existencial* entre o transgressor e os *valores impostos e aceitos pela comunidade social dominante*. Na linha de Roxin, adota-se a *prevenção geral positiva limitadora*, na busca da *tranquilidade pública* e na *reafirmação das regras de convivência*, sem perder sua *função integradora*, que se desenvolve com a prevenção especial, tendo a culpabilidade como limite da medida da pena.

A *posição agnóstica* sustenta que a pena de prisão *não* possui qualquer função ou justificativa jurídica, sendo tão-só um *ato político de poder*, visto que *não se pode justificar o injustificável*. Lembra-se a lição de Tobias Barreto, que sustentava: “*o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político*”.

Jakobs se aprofundou defendendo de modo radical a prevenção geral positiva ou integradora, de caráter absoluto (reafirmação da consciência do direito), que não se diferenciaria da velha, posição *retribucionista*. Assim, defende que a pena supõe, no seu conceito, o exercício na confiança da norma e na finalidade do direito, bem como na aceitação das consequências.

Vivemos uma sociedade em funcionamento, na qual a criminalidade é um *acontecimento normal*, sendo o crime produto desta sociedade em constante transformação. Todavia, a criminalidade está vulgarizada e seus autores glamorizados pelos meios de comunicação midiática.

É desafiante a expansão do Direito Penal, que deve ser observada, no limiar do século XXI, com grandes cautelas diante das *sociedades de risco*, pois as reações devem ser ajustadas ao *estritamente necessário* para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e quando não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal da “normalidade”.

Os jovens negros e pardos, nas favelas, captados pelas facções criminosas, não possuem maior expectativa de vida, provocando o confronto com os agentes policiais, matando e morrendo, certos de que outros nascerão, crescendo e continuando uma vida

pobre, miserável, curta, sem qualquer sentido ou longínqua expectativa. O Estado exerce um enorme poder sobre a vida dos pobres, mas não por meio de programas de bem-estar social, e, sim, através do sistema prisional. A humanização das prisões continua sem decolar; a macrossociedade, com suas particularidades, caracteriza-se pela *disputa de poder*, estabelecido um verdadeiro *contrato social de sobrevivência* em que os presos vivem nas prisões *enjaulados* e *esquecidos*; somente acorda a macrossociedade diante das rebeliões, instrumentos negativos reivindicatórios num jogo paradoxológico de efeitos.

Nos tempos contemporâneos, os penalistas se dedicam a encontrar alternativas para a *teoria dos fins da pena*. O *thema* de *ressocialização* é questionado na teoria do Direito Penal, voltado às consequências: *deveria questionar não só a proteção aos bens jurídicos, mas também voltar-se à tutela dos cidadãos predispostos à sua violação*. Os conceitos de *retribuição* e *prevenção* constituem uma verdadeira e perfeita antítese, sendo, pois, inconciliáveis.

A pena é um instituto em que a resposta penal deve ser *proporcional* ao juízo de reprovação do autor pela prática do ato punível. A pena *justa* é a que é *oportuna* e *necessária*, em que o juiz mantiver na sua *aplicação* e *execução* a devida e racional *proporcionalidade* técnica em relação à natureza, à quantidade do desvalor do ato diante do *perfil do autor*, observados os princípios gerais de dignidade e solidariedade humana.

Sublinhe-se, a nossa Lei de Execução Penal, seguindo o modelo moderno, estatui como objetivo a ser alcançado “*proporcionar condições para a harmônica integração futura do condenado e do internado*”, ao passo que no Código Penal indica ao juiz que, ao aplicar a pena, há de graduá-la “*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”.

O *fim da pena* como *instrumento de controle social*, expressado pela *intervenção mínima* e como *eventual* e *hipotética possibilidade de correção* do transgressor, não entra em *conflito com a sua natureza ética*, visto que a *proteção dos direitos da pessoa humana* se constitui em uma das *missões* do Direito Penal.

O apenado, durante a *execução* imposta, deveria adquirir uma *visão ampla e genérica* dos valores *éticos e sociais*, e *aculturar-se*, a fim de poder ser inserido no contexto social (socialização) com baixo indicador de *risco social*. Aliás, entre os velhos e novos *desafios* se encontram a implantação e real funcionamento dos *centros criminológicos* e a avaliação do *perfil do apenado* para efeitos de *classificação de ingresso* e em *casos específicos e emblemáticos* de *progressão e livramento condicional*, por meio do *exame criminológico* (avaliação do perfil do imputável diante do alto risco social de efetiva inadaptação às normas vigentes de conduta normativa), por excepcionalidade e por decisão fundamentada, sem que isto se confunda com a *“psiquiatrização da execução penal do autor e a laicização do direito e efetividade dos direitos humanos”*.

Para transformar as instituições penais em ambientes que reforcem positivamente os comportamentos desejáveis, e não os indesejáveis, seria preciso que abandonássemos as ideias de *compensação* e *dissuasão* ou, pelo menos que, caso permaneça um elemento punitivo, o apenado disponha de *respostas alternativas socialmente aceitáveis e positivamente reforçadas*.

A contenção estatal forçada é *justificada* por sua *necessidade, oportunidade e proporcionalidade*, visto que não seria possível a convivência relativamente pacificada na macrossociedade com um *comportamento anômico*, constituindo-se em um recurso do Estado para realizar o *equilíbrio do conflito de interesses*, observado sempre o *princípio da intolerabilidade limitadora*.

O *Direito Penal do futuro* conterà sanções não designadas como penas, mas como similares que imponham *limitações* ou *restrições* ao obrar do autor típico, *menos coercitivas* e *mais pedagógicas*. Registre-se que a pena de prisão impõe uma *aflição física e psicológica* (*solidão, isolamento, perda de sociabilidade e da afetividade*, enfim, *da identidade*), cujos sofrimentos físicos e mentais retiram do seu escopo os requisitos fundamentais de garantia da pessoa humana. Oportuno lembrar Ferrajoli, em seu correto juízo crítico, grifando que a prisão é *“uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial”*

e, sem dúvida, “*lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflagante*”.

Hassemer salienta que o Direito Penal, em seu formato de um Estado de Direito liberal, é um instrumento impróprio a apoiar objetivos políticos, controlar situações polêmicas ou promover a ampla prevenção de situações de risco, pois é uma ferramenta anacrônica e desigualmente fraturada em suas possibilidades da produção de efetivos efeitos. Lembra que vivemos o fenômeno de *crise da política criminal* orientada para a consequência. Conclui que este Direito Penal ajusta-se às concepções de “*insegurança global*”, numa *sociedade de riscos*; o *Direito Penal simbólico*, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do Estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal.¹

A crítica ao Direito Penal, numa visão *preventiva geral positiva limitadora*, destaca que sobre o *conceito de socialização* gravita a circunstância da relevante impossibilidade da medição de resultados mensuráveis, não olvidando que o *Direito Penal da resposta social* tem necessidade de buscar uma justificativa, o que aumenta a carga sobre os fins da pena imposta para alcançar os objetivos propagados. É necessário reconhecer a *questão social-comunitária e a pluralidade de expectativas, individuais e antagônicas*, diante da pluralidade de protagonistas desse real conflito, com interesses legítimos e expectativas justas, salientando os anseios: a) da *vítima* (reparação do dano); b) do *delinquente* (liberdade e inserção social); e c) da *comunidade* (a tranquilidade e a segurança social), através dos modelos ou paradigmas: a) *dissuasório* (prevenir a criminalidade); b) *ressocializador* (inserção e reabilitação do condenado); e c) *integrador* (reparação do dano, conciliação e produção da paz social).

Repita-se, a *execução da pena* tem por finalidade principal a *proteção dos bens jurídicos* e o *controle social*, procurando, nos *limites do possível*, a integração futura e harmônica do condena-

¹ Winfried Hassemer, *Direito Penal, Fundamentos, Estrutura, Política*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, 230.

do. Nesta esfera de âmbito, operamos com o **Direito Penitenciário** (*estudo das normas jurídicas que se referem aos apenados*), proporcionando-lhes condições por meio de assistências (*materiais, de saúde, jurídica, educacional, social e religiosa*, na direção de prevenir a realização do injusto penal e orientar o retorno à convivência macrossocial); e com o **Direito Penal Executivo** ou **Direito de Execução Penal** (*conjunto de normas jurídicas que se reportam à execução de todas as penas impostas pela decisão judicial transitada em julgado*).

A nosso sentir, poderíamos resumir em 14 os princípios fundamentais regentes do **Direito Penal executivo**: **1. princípio da legalidade**; **2. princípio da isonomia**; **3. princípio da jurisdicionalidade**; **4. princípio do duplo grau de jurisdição**; **5. princípio do contraditório**; **6. princípio da humanização da execução da pena**; **7. princípio da individualização da execução**; **8. princípio da publicidade ou transparência dos atos**; **9. princípio da participação comunitária**; **10. princípio da vedação discriminatória**; **11. princípio da vedação do cumprimento de pena em regime ou de forma infamante ou cruel**; **12. princípio da cidadania**; **13. princípio da proporcionalidade**; e o **14. princípio da assistência**, que são abarcados pelos princípios reitores da dignidade e da solidariedade da pessoa humana.

A pena de prisão, secularmente combatida, possui diminuta força intimidatória (o que é relevante é a *consciência intimidatória do efetivo e real cumprimento*). Vale lembrar sempre que a pena de prisão não exerce qualquer *atividade educadora*, pois sendo a prisão o seu próprio mal, jamais poderá educar, antes corrompe, degrada, deprime, forma mentes pervertidas, sepulta esperanças, aniquila famílias, enfim mata.

Ninguém quer ver a prisão. A vida na prisão se caracteriza pela *subcultura carcerária*, e a *ressocialização* só seria *imaginável* se o candidato à ela e o agente ressocializador, como diz Muñoz Conde, tivessem “o mesmo fundamento moral que a norma social de referência”, caso contrário é *pura submissão, dominação* e uma *grave lesão aos direitos individuais*. Sabemos que os programas de intervenção suscitam problemas desde o mecanismo do *contracon-*

trol (*subculturas carcerárias*) até o *déficit* de generalização dos programas carcerários. Diante da nossa *Carta de Princípios* (LEP), o *patronato público* ou *particular* destina-se à assistência aos *albergados* e aos *egressos*, orientando e fiscalizando em relação ao cumprimento das penas restritivas de direitos e colaborando na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional. Estamos perante mais uma velha ficção, um *desafio* para a futura e harmônica integração social. Vivemos mero processo de *encarceramento*, isto é, de *enjaulamento*.

O trabalho prisional, como *dever social e condição de dignidade humana*, tem fim *educativo e produtivo*. O condenado à pena de prisão em regime fechado está obrigado ao trabalho na medida de sua aptidão e capacidade, desde que compatível com a execução, devendo-se levar em conta as necessidades e as oportunidades futuras do condenado no mercado formal e informal do trabalho. O grande *desafio* é a *inexistência de trabalho* nas unidades prisionais brasileiras para a grande massa de encarcerados, constituindo-se em óbice para a formação de *pecúlio* e para a *remição da pena*. Aliás, o Dec. 6.049, de 27 de janeiro de 2007, que aprovou o Regulamento Penitenciário Federal, quando trata de suas *características*, ressalta “*existência de locais de trabalho, de atividades socioeducativas e culturais, de esporte, de prática religiosa e de visitas*”, mas dita “*dentro das possibilidades do estabelecimento penal*”, o que é a chave para o descumprimento.

A *prisonalização* é um processo de assimilação que sofre o apenado, dos valores da *subcultura carcerária*, pois adota novos hábitos de vida, ditados por ela, que modelam a sua personalidade, constituindo-se em fator adverso à sua integração futura e harmônica na macrossociedade.

No que concerne ao *endereço descarcerizatório*, dentro do espectro da discussão temática da pena de prisão, poder-se-ia afirmar que, nos tempos atuais, repita-se, o *principal desafio é aperfeiçoá-la, perante o sistema de assistências, quando imprescindível, e substituí-la, quando oportuna e possível, por medidas alternativas*. Esta só se justifica sob o viés da *excepcionalidade*, quando *necessária, oportuna e proporcional*, tornando-a como *execução*,

no caminhar da *desprisonalização* pela adoção dos substitutivos penais, e quando impossível, humanizar as prisões, dando o mínimo de dignidade à pessoa humana encarcerada. A competição entre desiguais tem sempre efeitos conflitantes e desmoralizantes, continuando a população carcerária, jamais inserida socialmente, massacrada pela miséria e pela opressão. É o constante *desafio*.

Cabe ao Estado a manutenção da *ordem social* para garantir, diante do conflito, o *equilíbrio dos valores sociais* em jogo. Repita-se, na esfera de âmbito microssocial, em que a prisão *per se* é deletéria, não educa, não socializa e se constitui em *fator de estigmatização*, *desafio* que deve ser enfrentado pela implementação de efetivas políticas públicas, desde a mudança da arquitetura prisional para possibilitar o trabalho prisional real e efetivo em todo o coletivo carcerário, proporcionando a qualificação e a profissionalização dentro de um contexto factível, até o incentivo obrigatório à alfabetização e o ensino técnico profissional como metas prioritárias e, por consequência, pelo mérito, possibilitar ao apenado conquistar a *progressão de regime*, as *saídas temporárias*, a *remição de pena*, a *comutação* e o *livramento condicional*, com controlado risco social de reincidir. É o modelo mais simples no *desafio* para se restringir o *inferno do cárcere*, abarcando todos os encarcerados, não excluindo da relação os portadores que tiveram seu ingresso pela prática de comportamentos desviantes de especial gravidade e intolerados pela macrossociedade. Não se pode em momento algum esquecer que a forma de controle indireto da segurança pública e da paz social passa sempre por uma *intervenção estatal garantista*, assegurados os *direitos fundamentais* e as *assistências* diante de um Estado Social Democrático e de Direito. Daí, o relevante papel funcional e psicológico da presença do *juiz da execução* ou da *custódia provisória*, que são verdadeiros juizes das garantias fundamentais, em inspeções nas unidades prisionais. Só a ciência da presença da autoridade judiciária mantém em alerta sobre os cuidados com as *assistências* dos encarcerados pela administração penitenciária no continente brasileiro.

O Estado não cumpre as exigências do art. 88 da Lei de Execução Penal, diante da *superpopulação carcerária*, pois não

é crível ao espírito humanista manter uma pessoa presa em celas minúsculas, sem iluminação, úmidas, de pouca ventilação, nas quais enquanto uma terça parte dorme o restante terá que ficar em pé, alvo da violência sexual e da infecção pela tuberculose e pela AIDS. Nem na época nazi-fascista tivemos tanto sadismo e omissão na cultura prisional. Os governos dos Estados-membros da Federação estão obrigados ao disposto nos itens 9 a 14 das Regras Mínimas das Organizações das Nações Unidas.

A pessoa humana pode perder tudo na vida, só não pode perder a esperança na vida e na liberdade. No terceiro milênio, o *desafio* a ser percorrido, como já afirmamos, será no sentido de *aumentar o espectro das penas e medidas formais alternativas* à pena de prisão, ao lado de uma *política social realista e eficiente de inclusão social*.

Enquanto não encontramos a saída *abolicionista realística* da extinção da prisão, a historiografia temática aponta pela criação de instrumentos legais que evitem a *contaminação carcerária* ou que proporcionem o retorno mais rápido à macrosociedade. Velho e constante *desafio*.

Não podemos esquecer, ao analisar as características do sistema contemporâneo, a presença dos efeitos de um duplo contraditório de *criminalização* e *descriminalização*, que teve início já no século XIX, anotando-se como principais fatores explicativos: a) a necessidade sociopolítica de satisfazer, através de novos meios de repressão, os conflitos nascidos do desenvolvimento tecnológico, econômico e social; b) a aparição de novos valores coletivos a proteger; c) o desenvolvimento do Estado técnico-burocrático e a entrada de plúrimas regulamentações. Daí, o *desafio* em relação à tendência de criação de novos injustos penais.

É o momento de concebermos no Brasil a configuração de um Direito Penal *racional e humano*, orientado ao bem comum, priorizando estratégias político-criminais a serem perseguidas pelo legislador como a limitação do Direito Penal aos casos *absolutamente intoleráveis* para a convivência e defesa social, sempre priorizando novas soluções desafiantes que evitem a *etiquetagem do condenado* e a consequente *inviabilidade de integração social*.

Já advertia Marc Ancel que “o delinquente não poderá mais ser submetido à justiça penal unicamente para fins expiatórios, de vingança ou de retribuição na luta contra o delito”. O desafio da execução penal mais relevante é o de criar possibilidades reais e efetivas de futura inserção social através de estratégias democráticas de forma participativa para capacitar o encarcerado, estimulando-o a vencer a sensação de exclusão por meio de opções, respeitado o direito de ser diferente. A questão carcerária não pode ser resolvida no interior da microssociedade fechada, como instituição total, pois o problema deve e tem que ser compartilhado por toda a macrossociedade.

A meu sentir, é o desafio básico conscientizar a macrossociedade através de efetivo mecanismo do Conselho da Comunidade a participar do processo de integração futura, visitar mensalmente os estabelecimentos penais existentes, apresentar relatórios ao juiz da execução, diligenciar a obtenção de recursos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção dos estabelecimentos prisionais.

Não podemos olvidar que as empresas que estão envolvidas nos projetos do trabalho prisional devem ter a conscientização da reconstrução social, cujo desafio é inserir uma cota mínima de egressos dando efetiva continuidade à qualificação e profissionalização da prestação de mão de obra do obreiro ao ser colocado em liberdade. No Estado do Rio de Janeiro, a Fundação Santa Cabrini mantém equipes de professores e técnicos no Centro de Produção e Qualificação Profissional, no Rio Comprido, ofertando cursos intensivos de iniciação à informática e ao design gráfico, além de cursos dos idiomas inglês e espanhol aos apenados em regime aberto e semiaberto, com a previsão de capacitação de 600 alunos neste ano. É sempre lembrada a frase de Victor Hugo: “Quem abre uma escola fecha uma prisão”.

O quadro apontado pela última CPI do Sistema Carcerário é o retrato da postura do poder político em relação ao *thema*. É o desafio do desafio.

No desafio aos juízes como juízes das garantias individuais, firmou o Supremo Tribunal Federal que a opinião do julgador

sobre a gravidade em abstrato do crime *não* constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Já as *súmulas vinculantes* estabelecem que o dispositivo do art. 127 da Lei nº 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se aplica o limite temporal previsto no *caput* do art. 58 (a questão do princípio da proporcionalidade), o que consagra grave injustiça ao obreiro preso, diante dos dias trabalhados e homologados, causando a *perda de estímulo* ao trabalho prisional. E, por último, para combater o processo de *etiquetagem* já no ingresso ao cárcere, só é lícito o *uso das algemas* em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou perigo a integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de *responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade*, e nulidade da prisão a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade do Estado.

Hoje, pelos dados do CNJ, a população carcerária brasileira é de 462.803 presos, sendo que 212.436 são *presos provisórios*, o que significa que 46% da coletividade encarcerada não está ao abrigo da execução penal. No Estado do Rio de Janeiro (2008), o coletivo carcerário era composto de 22.606 (provisórios e definitivos), sendo o indicador maior de jovens entre 18 a 24 anos, primários com uma condenação, sem qualificação profissional, pardos e brancos, cuja pena não ultrapassava a 4 anos de reclusão, em regime fechado, na maioria por prática dos injustos dos tipos de tráfico de entorpecentes e homicídio. Tal contingente alimenta o tripé secular das vulnerabilidades básicas do sistema penitenciário: *superlotação - promiscuidade - ociosidade*. Segundo o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (2008), o Estado do Rio de Janeiro, com uma população de 14.523.304 de habitantes, possuía, à época, 22.606 presos ou internados no sistema penitenciário, sendo 16.507 condenados e 7.259 cautelares, cuja terça parte, em xadrezes policiais, possuindo, atualmente, 45 estabelecimentos penais. Entre analfabetos e com o ensino fundamental incompleto, havia uma população de 8.538 encarcerados. À época (4/5/2009 a 4/6/2009), tínhamos 335 livramentos condicionais deferidos e 52 alvarás de penas cumpridos.

Qual a solução? *Prender por prender não resolve a questão e alimenta o feedback do conflito. Vejo no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal (2009), elaborado por uma Comissão de Juristas sob a coordenação do Ministro Hamilton Carvalho, uma feliz tentativa “na diminuição ou contenção responsável da pena privativa de liberdade, como razão dos malefícios de sua aplicação e execução, sobretudo em sistemas penitenciários incapazes de respeitar condições mínimas de existência humanamente digna”. O anteprojeto, relatado pelo Dr. Eugênio Paccelli de Oliveira, corretamente enfoca em sua Exposição de Motivos que “não só a pena ou a sanção pública se apresenta como alternativa. A recomposição dos danos e a conciliação dos envolvidos ainda mais proveitosa e eficiente, ao menos da perspectiva da pacificação dos espíritos e da consciência coletiva da eficácia normativa”. Destaco que o anteprojeto “busca cumprir essa missão, instituindo a possibilidade de composição civil dos danos, com efeitos de extinção da punibilidade no curso do processo, em relação aos crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça e àqueles de mera repercussão social, no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo”.*

Assim, o anteprojeto é um instrumento moderno político-criminal que inova no *thema* das medidas acatelasórias, buscando a efetividade do processo penal e do tangenciamento das liberdades públicas, pontuando o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Neste ponto, que é o que nos interessa, é o *acautelamento* no sentido de que a prisão da pessoa só se justifica em caso de *concreta necessidade*, reafirmando a *natureza excepcional da prisão*, declarando a *ilegitimidade do uso da prisão provisória* como forma de *antecipação da pena*, e com isso abrindo um *leque de alternativas* ao juiz para a evitação do recolhimento carcerário desnecessário dos presos provisórios.

A Exposição dos Motivos, consciente do *grande desafio*, alerta que “O absurdo crescimento de presos provisórios surge como consequência de um desmedido apelo à prisão provisória nos últimos quinze anos. Não se tem notícia ou comprovação de eventuais benefícios que o excessivo apego ao cárcere tenha trazido à socie-

dade brasileira". E, conclui, fixando a proposta: "O anteprojeto, visando ao fim do monopólio da prisão, diversifica em muito o rol de medidas cautelares, voltando-se, novamente, para as legítimas aspirações de efetividade do processo penal". O ponto funcral é sublinhado ao afirmar que "a expectativa é que, entre o prender e o soltar, o juiz possa ter soluções intermediárias".

É oportuna a proposta de criação da figura específica do *juiz das garantias*, que será o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, destacando-se a competência para decidir sobre o pedido de prisão provisória, prorrogá-lo ou decidir sobre outra medida cautelar, bem como substituí-los ou revogá-la.

É conclusivo o *elenco de velhos e novos desafios* à proposta de um *novo elenco de medidas cautelares pessoais*, evitando o encarceramento dos presos provisórios, só em condições extremas, através, repita-se, de *velhos e novos mecanismos* que fornecem ao juiz as *medidas de contenção relativa* contra a *antecipada contaminação carcerária*: a) fiança; b) recolhimento domiciliar; c) monitoramento eletrônico; d) suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica; e) suspensão das atividades da pessoa jurídica; f) proibição de frequentar determinados lugares; g) suspensão de habilitação para dirigir veículos automotores, embarcação ou aeronave; h) afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; i) proibição de ausentar-se da comarca ou do País; j) comparecimento periódico em juízo; k) proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; l) suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para o porte de arma; m) suspensão do poder familiar; e n) liberdade provisória.

No campo das medidas de segurança: "A internação ou tratamento ambulatorial perdurará enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a recuperação do inimputável, não podendo, entretanto, superar o tempo previsto para a pena máxima cominada".

Somos cientes das controvérsias que geram o *quantum* máximo da fiança; o recolhimento domiciliar como medida cautelar

ou pena autônoma substituindo o sistema prisional aberto, na proposta do juiz Carlos Augusto Borges, titular da Vara de Execução Penal do Rio de Janeiro; o *monitoramento eletrônico* por mais contestado; a duração da medida de segurança, ao tempo da pena do injusto no marco máximo cominado.

No que tange as súmulas do Superior Tribunal de Justiça é de se destacar avanços, desde que para a obtenção dos benefícios de *saída temporária e trabalho externo*. Nestes casos, considerar-se-á o tempo da pena do regime fechado. Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é *defeso a substituição da prisão por multa*. A *frequência no curso de ensino* formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.

Registre-se o esforço dos Tribunais Superiores, em termos de um país continental, em unificar decisões sobre questões polêmicas, midiáticas e emocionais.

Na questão dos *desafios* na execução, defendo que o *livramento condicional* deixe de ser uma medida penal de natureza complexa restritiva de liberdade *sui generis* e se constitua na *última fase do cumprimento da pena privativa de liberdade, último estágio do progresso da individualização da execução*.

Portanto, o *anteprojeto do Código de Processo Penal* contribui para a tentativa de reconstrução de ações político-criminais de *evitação de ingresso e permanência prematura* no cárcere, hoje metade do coletivo carcerário, objetivando não alimentar a vulnerabilidade secular da superlotação, promiscuidade e ociosidade carcerária.

O mal da prisão é a própria prisão. Daí o compromisso de só reservá-la em casos de *extrema gravidade* diante do princípio da intolerabilidade social limitada. Para tanto, exige-se a conscientização da sociedade para a questão básica pertinente aos males e às injustiças do *encarceramento precipitado e simbólico*.

O juiz criminal é o símbolo da justiça humanística. Sublinho que, ao abrir este Curso sobre a Execução Penal, sob o *thema* “*Os desafios da Pena de Prisão e do Encarceramento Cautelar*”, buscamos colocar um questionamento crítico na procura de *novas*

alternativas à pena de prisão e, principalmente, à custódia cautelar, diante do princípio da não culpabilidade, como uma janela de possibilidades para diminuirmos os seculares males do encarceramento.

Ao finalizar, reporto-me ao professor José de Faria Costa ao dizer, que *“o penalista deve ter a humildade, a humildade racionalmente ancorada, de saber que o seu papel social não é o de querer transformar o mundo, mas, antes, o de querer tornar humanamente visível”*.

Globalização, Monopolaridade e Assimetria Reversa

Reis Friele

Desembargador Federal e Professor Adjunto da UFRJ; Mestre e Doutor em Direito Público

Embora os EUA demonstrem uma natural aversão em associar os fenômenos da *globalização* e da *monopolaridade*, muitos estudiosos preferem entender, pelo menos em parte, o *processo de globalização* como uma consequência direta da plena restauração da liderança absoluta dos EUA no cenário mundial, a partir do início dos anos 90.

De fato, - como ocorreu, em termos aproximados, no imediato período do pós-guerra (1945-1950) -, os EUA se constituem, no presente momento, na única potência global completa, ou seja, detentora, simultaneamente, de todas as variáveis do *poder nacional* (como instrumentos de projeção (e imposição) da soberania), posto que é, ao mesmo tempo, a maior potência econômica, militar, política e psicossocial do planeta, não obstante toda a sorte de recentes acontecimentos relativos à chamada Crise Global, herdada pela administração Barack Obama.

Essa invejável posição foi resultado direto, como preferem entender alguns especialistas em geoestratégia, da política, empreendida na era Reagan, que ficou conhecida como *contraforça* e que originou, nas relações Leste-Oeste, a chamada *bipolaridade confrontativa*, típica do início da década de 50, com novo matiz de competição tecnológico-militar, cujo objetivo último foi, nas

palavras de seus defensores diretos e indiretos (Ray Cline, Alexander Haig, Zbigniew Brzezinski, Thomas Enders, Robert Powers, entre outros), “sufocar a URSS, fazendo-a desviar seus escassos recursos para uma corrida armamentista, com novos matizes tecnológicos, exaurindo, desta feita, o seu potencial econômico”.

Na época (final da década de 70), inclusive, era comum as escolas de estado-maior das forças armadas proclamarem a todo instante a *crise militar* (e de liderança política) que minava o prestígio e a influência norte-americana no mundo (corroborada com os fatos relativos ao resultado da guerra no Vietnã (1975), o episódio da queda do Xá e dos reféns no Irã (1979), a intervenção cubana na África (1975/79), a insurreição na América Central - notadamente na Nicarágua (1980) etc.), nos seguintes termos:

A crise militar dos Estados Unidos pode ser descrita como a principal causa da perda de poder relativo dessa Nação. Mais do que qualquer outro campo, foi a decadência bélica a razão fundamental da decadência norte-americana em questões de poder global e o motivo central da crise de liderança e de determinação política.

Não restam dúvidas de que o poder militar continua sendo o principal fator de polarização global relativa e, nesse aspecto, a geratriz básica que contribui para o status de superpotência. No momento, é o poderio militar compacto de grande envergadura que resguarda o título de superpotência a União Soviética e, em determinado prisma, é o, ainda, poderoso arsenal nuclear estadunidense que reserva à América a denominação honorífica de superpotência.

Na medida em que o mundo tende a se multipolarizar, em conseqüência do surgimento de novos protagonistas no cenário mundial, a capacidade militar de intervenção tenderá a adquirir maior importância no ambiente internacional e, sobretudo, como instrumento eficiente de política nacional.

A Nação que não conseguir compreender, com precisão, o importante papel das forças armadas no conjunto eficiente da estratégia nacional, na consecução de seus objetivos na-

cionais atuais e permanentes, estará, irremediavelmente, condenada ao declínio virtual de seu poderio relativo e à atrofia de sua autonomia política e econômica.

Os Estados Unidos, nesse momento, estão sofrendo as consequências de seus equivocados estratégicos que possibilitaram a emergência da União Soviética como grande potência militar no cenário mundial a partir das décadas de 60-70. A falta de visão global e o malogro em compreender os objetivos nacionais soviéticos fizeram a administração de Washington cometer um erro de tal proporção que condicionou o ambiente mundial a um processo, quase irreversível, de recuo norte-americano em todos os campos de poder perceptível, especialmente o militar.

Pior, também, é que condicionou o povo americano a uma atitude passiva quanto à importância do instrumento militar, provocando, como efeito do denominado trauma do Vietnã, uma mentalidade míope que resolveu fechar os olhos para os acontecimentos externos, de interesse norte-americano, com perigo de um novo isolamento da América com repercussões imprevisíveis”.

Essa verdadeira doutrina estratégica de bipolaridade confrontativa, que buscava também sepultar as ideias de bipolaridade distensiva de Henry Kissinger (e, de forma mais pretérita, as concepções de Mcnamara), foi constante e insistentemente ventilada, com maior ou menor ênfase, por seus idealizadores, em diferentes ocasiões, verbis:

“Representará o segundo centenário o fim da idade americana? Talvez ... mas não necessariamente, se os norte-americanos tiverem o descortino de adaptar-se às demandas de um mundo em evolução. Entretanto, sozinhos ou num sistema político internacional mais cooperativo, de alianças cambiantes e crescente regionalismo, é muito provável que os Estados Unidos continuem sendo a esperança do mundo durante mais tempo do que os próximos 20 anos” (Barry M. Meuse).

“...o fato é que se empregássemos todas as nossas armas nucleares e os russos empregassem todas as deles, cerca de 10% da humanidade seria aniquilada. Isso é uma calamidade que está além do alcance da compreensão humana. É uma calamidade que não se justifica de nenhuma maneira do ponto de vista moral. Mas, do ponto de vista descritivo e analítico, não é o fim da humanidade” (Zbigniew Brzezinski).

“...embora os danos sejam terríveis, calcula-se que ambos os lados sobreviverão e serão capazes de se refazerem após uma guerra nuclear” (Conclusão do estudo PONASt II dos chefes do Estado-Maior Conjunto, EUA, 1980).

“De 30 anos para cá, a URSS se equipou com uma defesa absolutamente perturbadora; toda a Nação que dispõe de tais meios pode um dia ser tentada a utilizá-los” (Marc de Joybert).

“Sendo insuperáveis em todas as dimensões de força na década de sessenta, vimos a nossa liderança diminuir ou desaparecer em setor após setor, ao mesmo tempo em que tentávamos fazer ver à União Soviética que ambos poderíamos beneficiar-nos no deslocamento de recursos militares para os usos pacíficos. A resposta soviética foi o aumento de sua capacidade estratégica e bélica, bem como a busca de meios de projetar o seu poderio militar no mundo em desenvolvimento” (Thomas O. Enders).

“A rivalidade é inerente num sistema que funciona sem consenso global”. (Zbigniew Brzezinski).

Também, nessa fase das relações EUA-URSS, eram comuns as manifestações de descontentamento com o nível de *equilíbrio militar* obtido, notadamente, pelas iniciativas de Leonid Brejnev (1964/82), nos seguintes termos:

“A deterioração da superioridade militar dos Estados Unidos é (ao lado do declínio econômico relativo) a segunda, e possivelmente a principal, razão, amiúde oferecida, do declínio da influência norte-americana no mundo. Há apenas

15 anos, os EUA desfrutavam de esmagadora superioridade em bombardeiros estratégicos, mísseis balísticos, ogivas nucleares e outros sistemas de armas importantes. A partir de 1964, porém, começou a expandir-se substancialmente o desdobramento de mísseis estratégicos soviéticos ante o crescente e gradativo desarmamento unilateral norte-americano. Desde então, a URSS suplantou os Estados Unidos em diversos setores militares, permitindo aos EUA conservar sua superioridade, ao menos por enquanto, somente em alguns setores ligados à qualidade do equipamento e no número de bombardeiros, quantidade geral de ogivas termonucleares, esquadra de porta-aviões e força de helicópteros. Porém, a superioridade anterior dos EUA reduziu-se a um ponto em que os soviéticos lograram, grosso modo, equivalência com os EUA.

Mais importante que isso, os soviéticos parece que vão ou pretendem ir muito além da ‘equivalência’. Há indícios claros de que a URSS está determinadamente empenhada não em paridade mas em superioridade; a mesma que os Estados Unidos tinham em relação a eles, mas com uma grande diferença: Washington jamais utilizou essa vantagem contra Moscou, razão pela qual abriu mão da mesma; contudo, não há garantias de que o Kremlin só deseje a superioridade, com única e exclusiva intenção pacífica, de saciar o espírito moral de seus dirigentes”.

O objetivo fundamental era não só encerrar de vez o decedente prestígio das posições de Kissinger (como já afirmamos), flagrantemente pessimistas em relação ao potencial estadunidense, como também desviar os rumos do confronto entre os legisladores favoráveis (apelidados de *falcões*) e desfavoráveis (apelidados de *pombas*) a um substancial aumento do orçamento militar estadunidense.

“(...) os Estados Unidos já não estão em condições de operar programas globais: precisam alentá-los. Já não podem im-

por a solução que preferem (...) nosso papel terá que ser o de (...) incentivar a iniciativa de outros” (Henry Kissinger).

“Do que os Estados Unidos precisam não é de falcões ou de pombas, mas da sabedoria das corujas que entendem a natureza permanente do conflito internacional e o papel da credibilidade da força militar como instrumento de política nacional” (Robert C. Powers).

Por outro ângulo, durante as décadas de 60 e 70, muitos intelectuais norte-americanos expuseram o “*mito da repressão americana*”, isto é, o conceito de que o envolvimento dos EUA na política de outras sociedades seria quase invariavelmente hostil à liberdade e apoiador da repressão nessas sociedades. Hans J. Morgenthau, em 1974, chegou mesmo a afirmar que “com uma invariável constância, desde o fim da Segunda Guerra, temos intervindo em nome da repressão conservadora e fascista contra a revolução e a reforma radical. Numa época em que as sociedades se acham numa etapa revolucionária ou pré-revolucionária, nós nos convertemos na primeira potência do *status quo* pré-revolucionário. Uma política assim pode unicamente conduzir ao desastre moral e político”.

Como enérgica reação a este ponto de vista, os partidários da *política de contraforça* também souberam, com reconhecida habilidade, desferir um verdadeiro contra-ataque a este tipo de *filosofia sociológica*, impondo, por fim, uma doutrina que legitimava, em última instância, as ações interventivas que se vislumbravam à época.

“A crença de que os Estados Unidos não podem agir mal em nome dos valores da liberdade e da democracia é, evidentemente, tão errôneo no exterior como é nos EUA. Mas também é errônea a crença - mais prevalente nos círculos intelectuais dos EUA nos anos 70 - de que os Estados Unidos não poderiam nunca agir bem em nome desses valores. É muito mais provável que o poder dos EUA seja empregado em nome de tais valores do que o poder de qualquer outra Nação importante” (Samuel P. Huntington).

Essa nova fase, indiscutivelmente, melhorou a autoestima da Nação norte-americana, permitindo, por efeito, a restauração da projeção do poderio (e da soberania) estadunidense no cenário internacional.

“(...) Este novo começo é uma renascença nacional” (Ronald Reagan).

“Este notável desempenho deu forma ao desafio que enfrentamos hoje de administrar sabiamente as forças desencadeadas pelo próprio dinamismo. Os Estados Unidos, por seu lado, encontram-se atualmente restaurando o seu próprio dinamismo (...) O presidente Reagan descreveu este novo começo com uma renascença nacional. Os Estados Unidos vibram com um renovado sentimento de determinação nacional e de liderança internacional” (T. O. Enders).

Mais do que isso, contudo, viabilizou o almejado retorno dos EUA à confortável situação de potência hegemônica única num novo contexto de **mundo monopolar**.

“As principais prioridades dos Estados Unidos em matéria de política externa têm três componentes essenciais: a firmeza, a credibilidade e o equilíbrio” (Gen. Alexander Haig).

Neste aspecto particular, é forçoso concluir, em absoluta sintonia com a posição de vários estudiosos, que, diferentemente de algumas sínteses analíticas mais conhecidas, o resultado não satisfatório do envolvimento dos EUA na *Coreia* (1950/53) e, principalmente, no *Vietnã* (1964/75), como bem assim da URSS no *Afeganistão* (1979/85), decorreu, sobretudo, da *confrontação bipolar indireta* (posto que as superpotências da época armavam de forma maciça os contentores diretos do conflito) e não propriamente de uma pretensa força moral ou espiritual de determinação dos povos envolvidos. No *Vietnã*, em particular, não obstante a visão romântica da impotência do gigante norte-americano *vis-à-vis* com as espetaculares táticas guerrilheiras, é fato que se não fosse o

fornecimento contínuo e maciço de armas soviéticas e chinesas (nunca é demais lembrar que o Vietnã do Norte possuía, à época dos fatos, a maior defesa antiaérea de mísseis do mundo fornecida e instalada pelos soviéticos), não teria ocorrido, durante praticamente toda a extensão temporal do episódio, o chamado “empate técnico” que tornou refém tanto o Vietnã do Norte como o seu equivalente do Sul. Aliás, essa conclusão é facilmente comprovada na análise do conflito coreano, no qual as tropas da ONU, lideradas pelo Gen. MacArthur, em apenas três meses reconquistaram a península invadida, somente caracterizando o denominado “empate técnico” com a entrada da China (com apoio técnico e bélico da URSS) através de mais de 400.000 tropas “voluntárias”.

O mesmo aconteceu com os soviéticos no *conflito do Afeganistão*, considerando que os EUA não mediram esforços em armar e treinar (inclusive contratando mercenários), os adversários da URSS, na oportunidade, o que, posteriormente, ensejou os atuais problemas com os Talibãs naquela região.

Por outro lado, sem a confrontação de uma superpotência militar, a chamada *1ª Guerra do Golfo* (1990) transcorreu sem maiores problemas para os EUA e seus aliados, mesmo considerando a envergadura do exército de Saddam Hussein (com mais de um milhão de homens), reputado um dos maiores do mundo, à época dos fatos.

ASSIMETRIA REVERSA

Não obstante toda esta assertiva conclusiva, é fato que, em idêntico exemplo, - ou seja, na *2ª Guerra do Golfo* (iniciada em 2003) -, os mesmos resultados obtidos em 1990 não lograram se apresentar de idêntica forma, fazendo surgir, com muito mais ênfase do que no passado, um fenômeno outrora já conhecido, que se manifestou de maneira mais evidente durante o Conflito do Vietnã.

Ou seja, não obstante a importância da denominada confrontação bipolar indireta, como efetiva explicação do insucesso da empreitada norte-americana naquela oportunidade, é fato que tal explicação apresenta-se insuficiente para o pleno conhecimen-

to da *sociologia geoestratégica* relativa ao tema, mormente se considerarmos a real dimensão do *autolímite* do emprego do poderio bélico estadunidense na Indochina.

Destarte, foi especialmente durante a Guerra do Vietnã (e, em parte, focada nas percepções ímpares (e, até então, inéditas) de McNamara) que a denominada *assimetria reversa* se expressou com mais ênfase, reafirmando o fenômeno segundo o qual a *assimetria tecnológica* de meios militares entre dois Estados, - de forma diversa do que se pode concluir apressadamente -, se subjugava ao *efeito* da efetiva *limitação* do emprego de tais instrumentos contra o oponente de limitados meios, em decorrência, sobretudo, da dificuldade de uma sociedade com elevado grau de *civilidade* aceitar os chamados *danos colaterais*, em grande escala.

As dificuldades do Ocidente nas Guerras do Iraque (2^a Guerra do Golfo) e do Afeganistão, neste diapasão, são, portanto, muito mais facilmente explicáveis pela manifestação do *fenômeno* da *assimetria reversa* do que propriamente de um suporte logístico do Irã (no caso específico do Iraque) ou de qualquer outro Estado ou de alguma entidade paraestatal (no caso particular do Afeganistão).

Portanto, em apertada síntese conclusiva, podemos afirmar, sem qualquer receio de errar, que os desafios do século XXI serão muito mais caracterizados pelo fenômeno da *assimetria reversa* do que, como no século passado, por qualquer modalidade de *confrontação bipolar indireta*, por parte de qualquer entidade estatal formal.

Será, neste sentido, muito mais um confronto de concepções ético-morais, - com necessidade de uma verdadeira reengenharia da própria forma de fazer guerras, em decorrência da autolimitação do emprego da força militar -, do que propriamente de limitações (ou de contraposição efetiva) de *meios* ou, mesmo, de alta tecnologia militar. ☐

O Abuso de Direito na Concessão de Crédito O Risco do Empreendimento Financeiro na Era do Hiperconsumo*

Cristina Tereza Gaulia

Desembargadora do TJ/RJ. Mestre em Direito pela UNESA. Professora de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil na UNESA, EMERJ e EMES.

I. INTRODUÇÃO

Este texto foi elaborado a partir das preocupações de inúmeros operadores do direito, em particular magistrados, defensores públicos e advogados, com a concessão aparentemente irrestrita de crédito à classe média e às chamadas classes econômicas C, D e E, em face das questões sociojurídicas dessa concessão oriundas, e do crescimento das demandas judiciais em torno do descumprimento das obrigações de pagamento assumidas pelos cidadãos brasileiros.

As influências diretas e inequívocas das políticas de marketing das instituições financeiras, mormente quando acopladas ou relacionadas com a publicidade e oferta abundantes pelos fornecedores de bens de consumo em geral, estes que são os ícones da autoestima do indivíduo pós-moderno, estão na ordem do dia das discussões sobre o abuso e a responsabilidade civil dos fornecedores, pelos problemas sociais daí decorrentes.

* Texto produzido a partir da palestra proferida na abertura do “Seminário de Direito do Consumidor de Serviços Bancários”, EMERJ - Brasilcon, coord. Juiz Werson Rego e Defensora Pública Marcella Oliboni, Rio de Janeiro, 15/05/2008. Publicado na *Revista do Consumidor* - Ed. Revista dos Tribunais.

Dentro da linha de Kotler:

*“Homens de marketing não criam necessidades, elas já existem antes deles. Os homens de marketing, juntamente com outros influenciadores da sociedade, influenciam os desejos, ou seja, sugerem aos consumidores que um Cadillac satisfaria as necessidades de status social de uma pessoa. Homens de marketing não criam a necessidade de status social, mas tentam mostrar como certo bem específico pode satisfazer aquela necessidade.”*¹

A perspectiva a ser exposta visa a demonstrar que vivemos um momento de crise, mas que a crise é plataforma de crescimento, e serve, não para aprofundar o caos, mas sim para chegar-se a comportamentos sociais mais autênticos, e geradores de menos conflitos.

O enfoque do texto segue visão da autora que, enquanto magistrada há 21 anos (10 dos quais passados nos Juizados Especiais Cíveis, em 1º e 2º graus, e os dois últimos, já como desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), vive a angústia diária de perceber que quanto menos crise interna houver no sistema judiciário, mais injustiças esse produz.

Assim sendo, a partir de um novo viés, se pretende a “desmanualização” do direito, única fórmula conhecida de muitos que integram o Poder Judiciário.

É, portanto, sempre um desafio mexer na ordem (im)posta, rever paradigmas e implementar novos norteadores hermenêuticos, alterando os *loci* de conscientização política e, assim, propondo uma reconstrução do direito em benefício da Justiça social.

II. A AUTOIDENTIFICAÇÃO DO HOMEM NO CENÁRIO SOCIAL PÓS-MODERNO

A autoidentificação do homem, seu senso de valor pessoal, ou como o indivíduo sabe ou percebe sua condição in-

¹ Kotler, P.; *Administração de marketing - Análise, planejamento, implementação e controle*, 1995, Ed. Atlas, SP, p. 33.

dividual no cenário social, atravessou diversos momentos na história.

O primeiro momento foi aquele em que para se ter valor social, era necessário “ser alguém”. Era a época em que ser nobre ou integrar a hierarquia da igreja era importante. Só o título produzia destaque: se o indivíduo não fosse duque, marquês ou conde, se não ostentasse os símbolos de cardeal ou bispo, não tinha valor social algum.

No curso do desenvolvimento histórico, o indivíduo passa a ter valor não tanto mais pelo que ele é, mas pelo que tem. Surge no cenário mundial a burguesia industrial, para a qual o amedalar de valores materiais e patrimônio se torna o melhor referencial de projeção social.

O dinheiro da burguesia passa a ser fonte facilitadora da obtenção de conhecimento, de modo que este se dissemina possibilitando que o indivíduo, ao obter o conhecimento, passe também a ser visto como alguém que tem valor. Um grupo maior de pessoas obtém seus títulos universitários, e estas passam a valer pelo que sabem.

Todos esses padrões continuam hoje em vigor no cenário social e ainda plasmam o inconsciente coletivo.

Surge, então, uma questão: na pós-modernidade, no mundo globalizado, massificante e massificado, alguém que não tenha título (de nobreza, religioso ou universitário), e que tampouco tenha patrimônio, pode ser visto como alguém de valor no cenário social?

Um novo padrão de valor do indivíduo nasce a partir da sociedade do consumo de massa², que traz como signo o excesso e o extremo.

² “É por volta de 1950 que se estabelece o novo ciclo histórico das economias de consumo; ele se constrói ao longo das três décadas do pós-guerra (...) Consumando o “milagre do consumo”, ... fez aparecer um poder de compra discricionário em camadas sociais cada vez mais vastas, que podem encarar com confiança a melhoria permanente de seu meio de existência; ele difundiu o crédito e permitiu que a maioria se libertasse da urgência da necessidade estrita. Pela primeira vez, as massas têm acesso a uma demanda material mais psicologizada e mais individualizada, a um modo de vida (bens duráveis, lazeres, férias, moda) antigamente associado às elites sociais.” (Lipovetsky, G.; **A Felicidade paradoxal - Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo**, Cia. das Letras, 2007, p. 32/3)

Os antigos paradigmas de poder continuam em vigor; entretanto, são hoje hierarquicamente inferiores a um novo símbolo: a aparência, consequência da lógica do consumo.

Vivemos, assim, a época das aparências. Vale a máxima de Dorian Gray: *“it is only shallow people who do not judge by appearance”*³, ou na atualíssima verve machadiana: *“O alferes eliminou o homem”*⁴.

Atualizando a temática, poder-se-ia dizer que o consumismo é a doença da baixaestima, a fragilização da alma interior. E que os tempos pós-modernos valorizam aquilo que o indivíduo aparenta ser.

Em consequência, se a aparência é tudo, é fácil entender como a sociedade, em seu histórico processo de caminhada, trilhou a senda direcionada ao que hoje se chama de “hiperconsumo”.

III. O NOVO “COGITO” OU COMO TODOS PODEM SER GISELE BÜNDCHEN

Gilles Lipovetski⁵ vem desenvolvendo progressista e cuidadoso pensamento sobre a questão que envolve o consumo como fenômeno social, a felicidade como sensação momentânea e o alcance da autoestima a partir de condicionantes do indivíduo pós-moderno.

³ **O retrato de Dorian Gray**, de Oscar Wilde. “Somente os tolos não julgam pela aparência” (tradução livre da autora). Neste romance ou comédia de costumes, publicado em 1890, o autor inglês confronta o leitor com a perfeição impossível, as convenções dispensáveis e a mortalidade inevitável. Obcecado pela beleza dionísica do jovem Dorian Gray, o pintor Basil Hallward faz dele seu modelo pintando seu retrato. A beleza surge na trama como uma forma de genialidade. Confrontado com a beleza de seu retrato pintado pelo artista admirador, Dorian promete a sua alma em troca da juventude eterna. Ao longo do romance, o quadro passa de retrato a duplo de Dorian Gray, já que é aquele que envelhece, enquanto a aparência do modelo permanece perfeita e jovem vida afora.

⁴ **O Espelho** de Machado de Assis. Nele, Machado refere a presença de duas almas no ser humano, a interior e a exterior. Assim, quando um jovem assume o posto de alferes do exército, repentinamente, desaparece o homem (a alma interior), passando a valer no contexto social, somente a patente (alma exterior). “Aconteceu então que a alma exterior, que era dantes o sol, o ar, o campo, os olhos das moças, mudou de natureza, e passou a ser a cortesia e os rapapés da casa, tudo o que me falava do posto, nada do que me falava do homem. A única parte do cidadão que ficou comigo foi aquela que entendia com o exercício da patente; a outra dispersou-se no ar e no passado.” (in **Recontando Machado**, Record, vários autores, p. 282).

⁵ Gilles Lipovetski nasceu em 1944. É filósofo, pesquisador e professor da Universidade de Grenoble, França. Suas publicações abordam questões como “O império do efêmero”, “O

Consigna o filósofo francês que se Descartes vivesse na pós-modernidade do hiperconsumo globalizado, certamente teria reinventado, usando vocábulo mais adequado, o seu famoso “cogito”. Não mais “*cogito ergo sum*”, mas sim, “consumo, logo existo”^{6/7}.

Consigne-se o pensamento do escritor Ferréz a respeito, quando capta apropriadamente a mutação homem-objeto em que mergulhou o *homo consumericus*:

“Acordou com muita dor de cabeça. Existe muita propaganda para cerveja, mas nenhuma para ressaca.

Colocou sua calça jeans Levi’s, vestiu sua camisa Onbongo, pegou o Motorola na mesa, sua carteira da Britt, seus óculos da Ray-ban, sua chave com chaveiro do Corinthians, e finalmente vestiu seu tênis Nike clássico, modelo couro com sola desenvolvida pela tecnologia da NASA e cadarços antideslizantes. (...)

Pensa em ter um carro, apoia o governo, pois ele está ajudando as financeiras de carro, isso é muito legal, com 48 ou 72 prestações daria para comprar um, por que não? Todo mundo tem.

Num lugar onde seu sobrenome é o que você possui, nada mais cômodo.

O Gil da 7 galo.

luxo eterno”, “A felicidade paradoxal” e “A sociedade da decepção”, todos publicados no Brasil por diversas editoras.

⁶ *In A Felicidade Paradoxal - Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*, Cia. das Letras.

⁷ A jornalista Martha Medeiros publicou recente crônica na *Revista O Globo* em que “desconstrói” a famosa frase do filósofo grego de modo mais mercantilizado e hedonista do que Lipovetsky, titularizando seu escrito como “Compro, logo existo”, e revelando aos leitores que mesmo os indivíduos mais conscientes e atentos podem inesperadamente ver-se em situações de “hiperconsumo mercantilista”. “Eu, que estou longe de ser uma consumista crônica e me orgulho do meu comedimento, também fiquei impressionada com os preços argentinos. Uma pessoa controlada faz o quê? Aproveita uma tarde para comprar o que precisa e segue seus dias curtindo o que a cidade tem a oferecer em termos culturais, ambientais, artísticos. A questão é saber diferenciar o que se precisa do que não se precisa e, se formos honestos, chegaremos à conclusão de que não precisamos nem da metade do que consumimos.” (*Revista O Globo*, 6/07/08).

O Francisco da Hilux.

O Miltinho do Opala.

Se tivesse uma Dakota queria ver quem ia entrar na frente, pedestre nem ouse. Experimenta ter um Uninho pra ver se alguém te deixa passar. Nem manobrista quer estacionar carro velho, meu filho.”⁸

Até os produtos mais comuns viram fetiche aos olhos do marketing do consumo. Veja-se a respeito ainda o seguinte trecho de reportagem sobre a água e seus “significados”:

“Diante dessa tendência, surge naturalmente a pergunta: o que leva uma pessoa a pagar caro para consumir uma garrafa de água da Tasmânia, ou com rótulo desenhado e assinado por Paul Gaultier, ou ainda uma água cuja embalagem é decorada com cristais Swarovski, ao preço de 50 dólares? A resposta é do sociólogo francês Hugo Ezan: “Tomar água exótica é um meio de distinção social. Estabelece-se a diferença entre beber água e saborear água. Não se trata, portanto, de tomar água para satisfazer a sede, mas de apreciá-la como uma atitude de prazer”⁹.

Assim é se lhe parece, diria Pirandello!

O consumo, na verdade, e ninguém desconhece isso, liga-se intimamente ao desejo. Consumo é gerado pelo desejo, desejo de ser. Mas ser o que? Ser amado, principalmente. Sem dúvida nenhuma, ser amado é uma das demandas do homem desde o princípio da vida.

Na sociedade atual, no entanto, ser amado tem uma conotação um pouco diferente do “antigo aconchego afetuosos”.

⁸ In “Sobre pássaros e lobos”, pub. no *Le Monde Diplomatique Brasil*, dez/08. Ferréz é escritor e autor, entre outros livros, de *Capão capado* e *Ninguém é inocente*, Ed. Objetiva.

⁹ In “A água e seus significados”, reportagem publicada na *Revista Seu Estilo* dirigida aos clientes do Banco do Brasil Estilo, janeiro de 2009, ano 3, nº 21.

Hoje só se sente amado e reconhecido como um “igual” aquele que é desejado, convidado, ao qual se abrem as portas do chamado “mundo do sucesso”.

Cabe lembrar Cazuza, que bem expressou a que lugar são relegados os que não são convidados para “esta festa”, e apenas ficam “à porta estacionando os carros”¹⁰.

Perguntar-se-ia: para quem é esse sucesso? Quem tem direito a esse sucesso? Quem pode entrar nessa festa em que se encontra a elite que é sucesso?

A sociedade do hiperconsumo indica que qualquer um, desde que com um mínimo de “aparência padronizada”, pode galgar os degraus do sucesso pós-moderno, uma vez que a marca deste sucesso é a marca da aparência.

Democratizou-se o desejo, popularizou-se o crédito, e agora todos podem ser Gisele Bündchen que, afinal, “se veste” com a rede mundial C&A!¹¹

Refere, na mesma linha, o psicólogo Gustavo Barcellos:

“O consumo é uma forma modificada e moderna de estabelecer relações com o mundo dos objetos e dos seres, e também com o mundo da interioridade. A vontade de saber, a vontade de viver, a vontade de lazer, foram absorvidas por essa lógica.”¹²

O acesso ao mundo do sucesso está, pois, aberto a todos. O indivíduo não precisa ser rico, não precisa ser nobre, não precisa

¹⁰ Brasil, Cazuza/George Ismael Nilo Romero.

¹¹ Geraldo de Faria Martins da Costa consigna no texto “O direito do consumidor endividado e a técnica do prazo de reflexão”, RDC, v. 43, que o jornal *Gazeta Mercantil* de 27.02.02, traz interessante matéria jornalística a respeito da eclosão do consumo nas classes C e D, a partir de uma facilitação do acesso ao crédito. Revela a reportagem, a propósito, que “as classes C e D é que fazem a diferença” e que “as classes de renda mais baixa não querem reforçar seu sentimento de que é pobre (*sic*), querem produtos de qualidade, que aumentem a sua auto-estima. Cita-se o exemplo da rede de varejo C&A, que é voltada a um público de renda mais baixa e que vem obtendo sucesso com a divulgação de imagens sofisticadas ligadas à Gisele Bündchen, a *top model* mais cara do mundo.

¹² In “A alma do consumo”, pub. no *Le Monde Diplomatique Brasil*, dez/08. Gustavo Barcellos é psicólogo, mestre em psicologia clínica, e autor de *Jung*, Ed. Ática, e *Vãos e raízes*, Ed. Ágora.

ter título de doutor, porque a marca do sucesso não é mais nem o ser, nem o ter e nem o saber. Todos estão convidados a consumir as inutilidades que aparecem no mercado, desnecessidades, supérfluos em geral. Todos podem ter os *gadgets* da moda, o celular rosa que é máquina de calcular, microcomputador, máquina fotográfica e que, de vez em quando, ainda permite a comunicação (somente, por certo, quando as operadoras concordam que a área seja de telefonia plena). Todos podem ter o carro importado, a bolsa Louis Vuitton, a geladeira último tipo e todos esses outros objetos de desejo que transformaram o *homo sapiens*, no *homo consumericus*. Vivemos, assim, o mundo do *homo consumericus*.^{13/14}

IV. O TOQUE DE MIDAS DO INDIVÍDUO RUMO AO SUCESSO

Algumas questões se colocam: como é possível ter acesso ao mundo do consumo globalizado? Ele pode ser alcançado por qualquer um? Como se forma o hiperconsumo? Como surgem os fenômenos consequenciais da inadimplência ao superendividamento?

Todos esses vetores partem de um único epicentro.

Este epicentro é uma espécie de mola mestra, um trampolim que permite o acesso da grande maioria ao admirável novo mundo do consumo hedonista e massificado, em que os valores estão à deriva.

No coração desse epicentro está o crédito, instrumento que aumenta lucros, cria riqueza, propicia a acumulação de ativos, favorece investimentos.

Entretanto, sublinhe-se: um novo olhar sobre o crédito e as formas de sua concessão ilimitada não significa que se pretenda demonizá-lo.

¹³ Ver *O fabuloso destino do homo consumericus* de Lipovetsky; *idem, ibidem*, n. r. 7.

¹⁴ Por certo que é necessário efetivamente consumir. Que não se enganem os crédulos, o sistema da sociedade do hiperconsumo não permite que ninguém se sirva do espetáculo consumista como entretenimento fugaz. Vale o lema “ou você está comigo ou está contra mim”. A propósito, notícias publicadas na mídia sobre um passeio feito pelos membros do MST ao shopping Rio Sul, zona sul do Rio de Janeiro, e que gerou verdadeiro terror aos lojistas e administradores. Os sem-terra só pretendiam admirar o espetáculo do consumo (ver a respeito palestra de Leonardo Boff no Planetário do Rio de Janeiro em agosto de 2000 - CD *Tempo de Transcendência - O Ser Humano como um Projeto Infinito*, Ed. Sextante), mas isso não lhes foi permitido: os comerciantes cerraram suas portas!

São grandes as vantagens oriundas de sua introdução no mercado de forma mais agressiva a partir da década de 90.

O direito de crédito tem sido analisado sob várias perspectivas, sendo inclusive considerado um novo direito fundamental¹⁵, pois sem dúvida ajuda o pobre “*a melhorar suas condições de vida*,”

¹⁵ Muhammad Yunus ganhou o Prêmio Nobel da Paz em 2006 pela criação, em Bangladesh, do Grameen Bank ou Banco da Aldeia, a mais bem sucedida experiência de microcrédito para pessoas pobres no mundo. Yunus era professor universitário de economia, tendo se formado nos E.U.A., onde trabalhou alguns anos. Após a independência de Bangladesh do Paquistão, resolveu voltar ao país e ajudar a reconstruí-lo. Defrontou-se com uma população miserável que morria de fome e continuava uma experiência de escravidão, principalmente de agiotas. A partir de uma pesquisa, fez um estudo em uma aldeia com 42 famílias, e verificou que elas deviam muito dinheiro por causa de juros extorsivos cobrados sobre pequenos empréstimos médios de US\$ 27. Resolveu o problema de toda a aldeia, tirando de seu próprio bolso a quantia necessária para o resgate do empréstimo. Porém se deu conta que para resolver o problema em escala maior, teria que contar com o apoio de financiadores institucionais, já que o problema do crédito em Bangladesh era perverso e a agiotagem intensa, decorrente do fato de os bancos não emprestarem dinheiro para o desenvolvimento dos pobres, vez que, nas palavras de um dos gerentes procurados por Yunus, “na condição de professor de economia, homem letrado e vivido nos E.U.A., ele deveria saber que emprestar para os pobres é um péssimo negócio, já que eles não devolvem o dinheiro tomado.” Intitulado de “O caçador de utopias”, Yunus revelou à **Revista Idéia Socioambiental**, em março de 2008, que resolveu provar a sua tese de que emprestar para pobres não é negócio de risco. Assim, “convicto de que algum banqueiro mais ilustrado entenderia sua tese, Yunus passou meses tomando chá preto com gerentes de bancos. Em vão. Restou, portanto, mudar de tática. O dinheiro só deu o ar da graça quando ele topou ser avalista do empréstimo. “Depois de dois meses analisando meu pedido, um banco concordou em me emprestar, não sem antes me advertir de que deveria dar adeus às minhas economias porque elas jamais seriam recuperadas”, diverte-se. Não foi o que ocorreu. O montante emprestado na primeira aldeia retornou inteiro e no prazo combinado. O mesmo aconteceu na segunda, terceira, quarta e quinta aldeias. Como funcionava tão bem, em todos os lugares, o sucesso chegou a galope. E incomodou os banqueiros convencionais que maldosamente passaram a torcer pelo seu fracasso, apenas para confirmarem sua tese sobre a propensão dos miseráveis à inadimplência. “Emprestar para pessoas pobres não é um negócio arriscado como se costuma pensar. A taxa de recuperação do Grameen é de 99%, sem que precisemos exigir quaisquer garantias. Ainda hoje, quando querem desmerecer o Banco da Aldeia, dizem que é uma proposta que só funciona em pequenas comunidades. O nosso método tem funcionado em todos os países, independentemente do porte e do número de habitantes. A taxa de pagamento também é sempre de 99%. No bairro negro de Harlem, em Nova Iorque, há um programa que funciona do mesmo jeito. Só nos EUA existem mais de 200 programas de microcrédito, com inadimplência desprezível, o que prova a nossa tese de que as pessoas pobres pagam melhor os seus empréstimos”, afirma. Quanto mais aumentava o êxito da experiência de Yunus, mais crescia, entre os banqueiros, o rancor típico dos que não suportam perder para os supostamente mais fracos. Foi então que ele tomou a decisão de criar um banco próprio. E deu à luz o Grameen Bank, o único no mundo em que os tomadores de empréstimos são ao mesmo tempo clientes e donos.”

a desenvolver suas habilidades pessoais, reintegrar-se à sociedade e recuperar a dignidade humana”, conforme aponta Wellerson Miranda Pereira¹⁶.

No mesmo sentido as constatações do Observatório do Endividamento dos Consumidores de Coimbra, quanto à classe média:

“A democratização do crédito remonta aos EUA, país que, antes dos países europeus ocidentais, deixou de interpretar o crédito como sinônimo de pobreza ou de prodigalidade, para o encarar simplesmente como um meio de adquirir uma máquina de costura ou um automóvel, transformando-o num mecanismo fundamental para dinamizar a economia nacional (...) Quando contratado em situação de estabilidade financeira e laboral, o crédito permite melhorar a acessibilidade a determinados bens e serviços, contribuindo para o aumento do bem-estar dos indivíduos e das famílias.”¹⁷

Entretanto, após o recente *crash* da bolsa de valores americana e suas desastrosas consequências para os E.U.A. e para o mundo, pode-se, com maior facilidade, visualizar a falência dos sistemas econômicos, coletivos, empresariais, familiares e individuais, lastreados exclusivamente no crédito, sem prévia poupança ou observação estratégica do médio e longo prazo da vida econômica.

Desse modo, ao mesmo tempo em que o crédito oportuniza e nutre o mercado, produz, em contraponto, fenômenos supervenientes graves para o indivíduo, para o cidadão, para o trabalhador, situações que não devem ser minimizadas, mormente pelo Judiciário, pois que acabam por reduzir o *homo economicus* a um mero devedor, um inadimplente, “sujo” por ter sido negativado pelo SPC.

Efetivamente foi a democratização do crédito que propiciou o acesso da grande maioria, independentemente de suas origens ou de seu potencial econômico-financeiro, aos *shopping centers*, essas verdadeiras “catedrais do consumo”.

¹⁶ In “Sugestões para a harmonização das soluções jurídicas sobre crédito ao consumidor no MERCOSUL”, RDC nº 66, abr-jun/08, RT, p. 198.

¹⁷ Frade, Catarina e Magalhães, Sara. “Sobreendividamento, a outra face do crédito”. In *Direitos do Consumidor Endividado - Superendividamento e Crédito*, RT, p. 22/23.

Vale referenciar (e reverenciar) lição de Frei Betto:

“Essa apropriação religiosa do mercado é evidente nos shopping centers. Quase todos possuem linhas arquitetônicas de catedrais estilizadas. São os templos do deus mercado. Percorrem-se os seus claustros marmorizados ao som do gregoriano pós-moderno, aquela musiquinha de esperar dentista. Ali dentro, tudo evoca o paraíso: não há mendigos nem pivetes, pobreza ou miséria. Com olhar devoto, o consumidor contempla as capelas que ostentam, em ricos nichos, os veneráveis objetos de consumo, acolitados por belas sacerdotisas. Quem pode pagar à vista, sente-se no céu; quem recorre ao cheque especial ou ao crediário, no purgatório; quem não dispõe de recurso, no inferno. Na saída, todos se irmanam na mesa ‘eucarística’ do Mc Donald’s.”¹⁸

É, pois, o crédito, com suas fórmulas tradicionais de expansão e sedução, que catapulta leva alguém que é ninguém, um nada, pois nada tem, para o palco iluminado em que todos possam enxergá-lo como alguém. Alguém que usa a mesma roupa do Gianecchini ou que tem o celular da Galisteu, alguém que dirige o carro do Brad Pitt e que usa a mesma roupa de baixo da Luciana Gimenez, nem que seja para tirá-la à frente de um outro alguém que só usa Calvin Klein, embora não seja o Mick Jagger.

E não se esqueça que o crédito tem no marketing um aliado poderoso que alicia e seduz a todos, sem preconceito.

Como refere a psicóloga Vera Rita de Mello Ferreira, as decisões de consumo são influenciadas por *“um conjunto de fatores. Existe nosso inconformismo com a incompletude interior, a pressão social - você quer se destacar, se equiparar a seu grupo. E há a pressão do marketing. Existe uma indústria que desenha tendências e vende necessidades. Se não houvesse a nossa arquitetura*

¹⁸ Gosto da Uva - Escritos selecionados, Frei Betto, Garamond, p. 39.

*interna, psíquica, poderiam rachar de pressionar que ninguém daria bola. O problema é quando casamos nossas necessidades com essas pressões”*¹⁹.

Essa realidade não pode, pois, ser desconsiderada por aqueles que atuam no mundo do Direito.

Uma hermenêutica jurídica que esteja sustentada apenas por doutrinas jurídicas e pela letra da lei, sem outros olhares enriquecidos pelas ciências humanas que integram necessariamente o conhecimento maior (já que o conhecimento pleno é inatingível), será inadequada, pois reforçará preconceitos, representações do senso comum, contradições inerentes à literalidade da lei, e, por conseguinte, posições injustas e desconformes com o mundo da vida.

Uma visão mais clara da realidade do hiperconsumo revela que o seu incentivador é o fornecedor de crédito.

A respeito vale consignar algumas reportagens publicadas em jornais de grande circulação.

A primeira demonstra que:

*“Dinheiro no caixa - redes de varejo já respondem por R\$ 25 bi em empréstimos no país e abrem bancos”*²⁰

Ou seja, todas as redes de varejo, independente de seu objetivo social primário, e até de sua força econômica, hoje “vendem crédito”.

Uma loja de eletrodomésticos que vendia liquidificadores, geladeiras e fogões, hoje vende “crédito” para as aquisições dos referidos produtos; uma cadeia de lojas de vestuário

¹⁹ Entrevista na *Revista do IDEC*, nº 125, set/2008, p. 10.

²⁰ Além de faturar com a venda de mercadorias, as lojas de departamentos e os supermercados descobriam um filão e estão ganhando muito dinheiro com produtos financeiros - empréstimo pessoal, seguro residencial, seguro-desemprego e títulos de capitalização - destinados à baixa renda, às classes C, D e E. De olho nesse público, que continua fora do sistema financeiro, as grandes redes estão criando seus bancos, como é o caso do Carrefour, ou se associando a eles para ganhar com a intermediação financeira (...). O varejo também já despertou para uma modalidade de crédito que vem crescendo com força - o empréstimo consignado, principalmente para aposentados e pensionistas.” (*In O Globo*, 12.06.2005, Cad. Economia, p. 31)

“facilita” a aquisição de roupas e sapatos através do “crédito próprio”.

Outra reportagem complementa:

“Crédito farto + juro alto = lucro - ganho do Bradesco no 1º semestre chegou a R\$ 2,6 bi, o maior da história no setor (...) As operações voltadas para pessoas físicas devem avançar 55%. Para empresas, a estimativa é de uma alta de 10%.”²¹

Por certo aponta-se aqui inversão de valores, já que é a atividade do pequeno e médio empresário, nas variadas sendas do mercado, que permite o crescimento real do cidadão enquanto *homo economicus*, na medida em que, com o crescimento do negócio a partir de investimentos no mesmo, emprega-se mais gente, pagam-se salários melhores e permite-se a ida ao consumo de uma cidadania menos dependente do crédito, pois mais apta a poupar e a planejar seu futuro próximo e remoto.

Ainda uma notícia suplementa:

“Indústria do dinheiro fácil - Financeiras crescem até 100% e movimentam 190 bilhões de reais com juros altos e apetite por crédito. (...) Lojas tradicionais do varejo deram lugar a grandes “butiques de crédito”, como se diz no jargão do mercado, e não há quem passe ileso por uma caminhada no centro do Rio ou em bairros populosos, como Tijuca ou Botafogo, sem receber um folheto prometendo dinheiro fácil.”²²

O crédito, portanto, se qualifica como verdadeiro “toque de Midas”, concretiza a chamada “venda da felicidade instan-

²¹ “Sem considerar avais e fianças, a carteira de crédito do Bradesco somou R\$ 69,787 bilhões no final de junho, com variação de 19,5% nos últimos 12 meses e de 11,1% em relação a dezembro passado. O volume de crédito para pessoa física cresceu 50,6% no período, com destaque para as operações de crédito pessoal e financiamento de veículos - ‘cujos *spreads* são maiores’ -, diz o próprio banco em seu balanço. Animado com esses números, o Bradesco melhorou sua previsão para o aumento da carteira total de crédito no ano, de uma faixa de 20% e 22% para até 25%.” (In O Globo, 09.09.2005, Cad. Economia, p. 21)

²² In Jornal do Brasil, 26/01/2006, Cad. Economia e Negócios, p. A-17.

tânea”, a realização dos desejos de fazer parte da festa do sucesso, e implementa a realização do indivíduo na pós-modernidade.

V. OFERTA E PUBLICIDADE

O processo de venda dessa “felicidade instantânea” é realizado através de dois mecanismos: a OFERTA (de crédito) e a PUBLICIDADE (sobre os bens e serviços indispensáveis, inclusive o crédito).

Observação fundamental: o fornecedor de crédito vende ... crédito!

Seu produto não é o dinheiro, como se poderia pensar, mas o crédito.

Há uma diferença primacial entre vender dinheiro e vender crédito: quando, no passado, os bancos disponibilizavam o dinheiro, a garantia, a confiança em relação àquele que tomava o empréstimo era fundamental. Ademais contratavam-se financiamentos após certo tempo de reflexão sobre a possibilidade de resgatá-los.

Já a venda do crédito na sociedade atual, do consumo em massa, da contratação em massa, prescinde de garantias, confiança, reflexão.

A oferta e a publicidade são persuasivas, e se bastam por si mesmas, para um e outro lados da contratação: “o Sr. só vai começar a pagar daqui a três meses”, “a gente faz consignação em folha, a Sra. nem vai sentir que está pagando”, ou, “até o fim do ano, eu liquido a fatura”.²³

Como qualquer produto à venda no mercado, o crédito precisa, pois, da OFERTA e da PUBLICIDADE.

²³ “As dívidas hoje, seja qual for o cuidado que se empregue, são como os filhos, cuja concepção se dá com regozijo, mas cujo parto não se faz sem sofrimento. O dinheiro no bolso entra agradavelmente; mas chegado o termo em que se deve restituí-lo, é então que as dores começam a nos constranger”. Tradução do texto de Molière “*L’étourdi ou les contre-temps*”, ato I, cena V, por Wellerson Miranda Pereira, in “Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva do direito comparado”, em n. r., *Direitos do Consumidor Endividado*, RT, p. 158.

E justamente a partir da explosão de ofertas, da massiva publicidade sobre o crédito fácil e o sonho de deixar de ser um excluído, é que nasce o grande perigo para o *homo consumericus*.

Atordoado pela oferta abundante e pela publicidade muitas vezes enganosa, até por omissão, e quase sempre abusiva, o consumidor se deixa atrair para esse novo mundo do qual ele quer tanto fazer parte: o mundo da felicidade líquida, usando expressão de Zygmunt Bauman²⁴.

Mais uma vez vale a referência à mídia escrita.

O **Jornal do Brasil** de 16/01/2006 traz fotografias emblemáticas²⁵.

Uma foto mostra, numa das ruas do centro do Rio de Janeiro, os chamados “promotores de crédito”, rapazes e moças, vestidos com cores marcantes: verde, amarelo, azul, e, na frente, desses está passando uma senhorinha.

A matéria descreve:

“*Oferta estimula consumo*”, e, logo abaixo, há uma outra foto na qual uma segunda senhora está sentada em frente ao preposto de uma financeira, e o título da reportagem diz: “*Rede para pegar cliente*”.

Não é preciso muito conhecimento psicanalítico para interpretar essa linguagem jornalística de duplos sentidos,

É o “consumidor-sardinha” que, atraído pelas “iscas” publicitárias, termina “fiscado na rede do crédito fácil”.

Em trabalho apresentado perante a 7ª Conferência Internacional de Serviços Financeiros e reflexões sobre a situação brasileira, o presidente do Brasilcon, Promotor de Justiça Leonardo Roscoe Bessa, relata:

“Em 2007, apenas os cinco maiores bancos privados tiveram, de lucro líquido, cerca de 20 (vinte) bilhões de reais,

²⁴ Zygmunt Bauman é sociólogo polonês, radicado na Inglaterra, investiga, em vários de seus livros, a flexibilidade das relações e das emoções e sentimentos na realidade pós-moderna. A fragilidade dos laços humanos, a insegurança daí decorrente e os desejos conflitantes do homem nesta era e o vazio existencial, tornam “líquidos” os afetos, os relacionamentos e os propósitos da modernidade.

²⁵ *Idem, ibidem*, n. r. 22, p. A-18.

o que representou cerca de 90% de crescimento em relação aos lucros de 2006 (que foi um ano também de faturamentos recordes). Ocorre que o principal fator de crescimento deveu-se à expansão da oferta de crédito no mercado, especialmente com a popularização do uso de cartões de crédito, empréstimo consignado em folha de pagamento e o mútuo conhecido como cheque especial (oferta de crédito pré-aprovado diretamente na conta-corrente).

(...)

A expansão na oferta de crédito teve um crescimento real de cerca de um terço (28,9%).”²⁶

Nesta senda, visualiza o mesmo autor que “a bancarização não ocorreu como um fenômeno natural do mercado (a partir da procura espontânea dos consumidores), mas pelo aumento do anúncio publicitário em “outdoors”, programas de televisão, panfletagem e internet”²⁷, ou seja, há um projeto empresarial claramente definido no sentido da captação dos consumidores, pela isca do desejo, de modo tão insistente, sedutor, massificado, constante e invasivo, que a vontade individual se fragiliza, fragmentando as barreiras do homem, mesmo as do mais espartano.

Mas certamente não há renda que sustente as superofertas e, por conseguinte, intensificam-se a mora e a inadimplência, até o limite extremo do superendividamento, este que se conceitua como “a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos”, de acordo com a professora Cláudia Lima Marques²⁸.

²⁶ In “Impressões atuais sobre o superendividamento: Sobre a 7ª Conferência Internacional de Serviços Financeiros e reflexões para a situação brasileira”, RDC, nº 65, jan/mar-2008, RT, p. 147.

²⁷ *Idem, ibidem*, n. r. 26, p. 148.

²⁸ In “Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul”, no livro *Direitos do Consumidor Endividado*, RT, p. 256.

VI. AS LEIS PRINCIPIOLÓGICAS - DO PROBLEMA ÀS SOLUÇÕES POSSÍVEIS

O superendividamento, decorrente dos desejos criados pelo *marketing*, pela necessidade do indivíduo pós-moderno de ser reconhecido, incluído, ser visto no cenário social na busca da felicidade, mesmo que líquida, na ânsia por ser alguém/igual, pela conjugação da oferta abundante e da publicidade perversa, entrou definitivamente no cenário jurisdicional.

Nessa medida, os magistrados do tempo presente não podem mais ignorar o fenômeno, devendo compreender, em definitivo, que o endividamento não integra o campo da moral, sendo situação social que, embora ainda desindexada de texto legal, deve ser encarada como conflito consumerista, a ser solucionado com justiça e equidade quando judicializado.

Não se nega que a questão é desafiadora. Não obstante, tratar o superendividamento como simplesmente mais um incumprimento contratual, ou apenas como mais uma hipótese de falta de pagamento de dívidas, é efetivamente não ver a realidade do entorno e manter-se no encastelamento confortável do positivismo legal, anacrônico e insuficiente para o século XXI.

Nesse contexto, os trabalhos desenvolvidos pela professora Cláudia Lima Marques merecem destaque:

“Nas sociedades de consumo consolidadas, o tema do superendividamento é tratado como problema jurídico que é: legislações especiais são preparadas para evitar (prevenção) e dirimir esse problema (tratamento), que faz parte do sistema das sociedades de consumo. Nesses países, há sempre uma espécie de “falência civil” dos consumidores e suas famílias, a evitar a “morte” total do homo economicus, afinal os contratos de consumo devem ser momentos de cooperação e lealdade, e não de “destruição” e “falta de opções” do parceiro contratual mais fraco.”²⁹

²⁹ *Idem, ibidem*, n. r. 28, p. 265.

As questões que exsurtem nas lides judiciais não de ser solucionadas a partir da principiologia constitucional (afinal, como ensina Lenio Streck, “a Constituição constitui”, e aqui por certo constitui uma solução³⁰), dos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil.

Leis principiológicas são aquelas que consagram valores como paradigmas hermenêuticos a serem utilizados na fundamentação da aplicação das chamadas cláusulas gerais, inseridas pelo legislador nos textos legais, estas que devem ser integradas pelo intérprete para que se alcance a efetivação da *mens legis*.³¹

Não se olvide, por outro lado, que o fornecedor de crédito assume o risco de sua atividade, o que significa dizer que a teoria do risco do empreendimento permeia a legislação consumerista, e sobre ela foi edificado todo o sistema da responsabilidade objetiva do CDC.³²

6.1 - Os princípios constitucionais e o Código de Defesa do Consumidor

Nunca é demais sublinhar que a Constituição elencou a defesa do consumidor como um novo direito fundamental (ao qual o

³⁰ Ver *Verdade e Consenso - Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas - Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, Lumen Juris Editora.

³¹ Sobre cláusulas gerais, vale referir lição de Gustavo Tepedino: “Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade, sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento.” Texto “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, in *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Renovar, 2000, p. 10. Neste artigo, conclui o eminente professor de direito civil citando Caio Mario da Silva Pereira: “Passou a hora de legislar consequências. O jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o tabelião da história.” (p. 16)

³² A respeito, Sergio Cavalieri destaca: “O Código esposou (...) a *teoria do risco do empreendimento* (ou empresarial), que se contrapõe à teoria do *risco do consumo*. Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Esse dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas.” (g. n.) In *Programa de Responsabilidade Civil*, Ed. Atlas, 8ª ed., p. 171/2.

direito de crédito vem acoplado dentro de um sistema de freios e contrapesos garantistas), determinando que o Estado (este que é integrado pelo Poder Judiciário) o promova.

Diz o inciso XXXII do art. 5º CF/88 que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, estabelecendo, na linha do *caput* do dispositivo, os caminhos a serem seguidos, de molde a implementar a igualdade de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, com garantia de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Por certo o direito à vida tem inúmeros vieses, inclusive a vida econômica.

Desse modo, se o superendividamento pode matar o *homo economicus*, o intérprete da lei deve assegurar a ampla defesa também dessa faceta da vida do *homo consumericus*. Não é possível, portanto, promover somente o direito ao crédito, mas é preciso ajustar a proteção legal aos novos conflitos decorrentes desse novo direito.

Da mesma maneira, refere o texto constitucional, no art. 1º³³, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

No entanto não há como garantir cidadania e dignidade, sem interferirem o Estado e o Poder Judiciário em lides individuais e coletivas e no planejamento administrativo da estrutura judiciária, objetiva e incisivamente, no fenômeno do superendividamento.

A incapacidade de lidar o cidadão com suas dívidas, a redução de economias individuais a zero ou a patamares negativos, a inserção do consumidor nos cadastros de inadimplentes, o corte de serviços essenciais, a dependência/submissão do indivíduo ao gerente de banco, a impossibilidade de estabelecer prioridades por falta absoluta de dinheiro e crédito, a falta de opções para

³³ CF/88 art. 1º: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana; ...”

o pagamento parcelado dos débitos, salvo os apresentados pelas instituições financeiras, conduzem a uma retração da cidadania e a uma inequívoca situação de indignidade³⁴. A constitucionalização da hermenêutica judiciária disponibilizaria, assim, base sólida para garantir ao consumidor superendividado um *locus* adequado para o resgate de suas prioridades. Afinal, não é demais ponderar que o mercado interno deve ser incentivado no sentido de viabilizar o desenvolvimento socioeconômico e o bem-estar da população (CF/88 art. 219)³⁵, o que por certo é inviável diante de uma realidade de superendividamento da mesma.

A Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, estabelece que o consumidor é um vulnerável. A presunção é absoluta, já que a lei reconhece “*a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*” (art. 4º I CDC). E é com o objetivo de proteger e defender, ao máximo, esse legalmente reconhecido hipossuficiente, que o texto legal propõe uma Política Nacional das Relações de Consumo que vise ao atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade e a proteção aos seus interesses econômicos, o que em consequência deve incluir uma salvaguarda para casos de superendividamento.

O CDC realmente traz disposições inovadoras e já conta com dois artigos que visam especialmente à proteção do inadimplente. Repita-se: do consumidor inadimplente.

³⁴ O magistrado Ingo Sarlet aponta com propriedade, citando formulação de Dürig, estudioso alemão, que “a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos”. Aponta Sarlet que “também a garantia da identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizando-se, dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade, bem como ao direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal.” In *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado Editora, p. 117/118. (g. n.)

³⁵ CF/88 art. 219: “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

Tais regras estão nas Seções V e VI do Capítulo V do Título I, nos artigos 42 *caput*³⁶, 43³⁷ e seus parágrafos.

Relembre-se, por igual, que o consumidor, na defesa dos interesses que são protegidos pelo Código, pode lançar mão de “*todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*” (art. 83 CDC), e que “*para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias*” (§ 5º art. 84 CDC), isto é quaisquer medidas que assegurem a tutela específica que o consumidor, que necessitar de proteção, defesa e/ou garantia, venha a juízo buscar.

No mesmo sentido, e buscando traçar um paradigma de congruência legal a possibilitar decisões judiciais favoráveis à busca de alternativas para o problema do jurisdicionado superendividado, não se pode deixar de conjugar o princípio da eficiência da “*administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União*” (art. 37 *caput* CF/88)³⁸ com o direito fundamental de não exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º inc. XXXV CD/88)³⁹.

³⁶ CDC art. 42: “Na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.”

³⁷ CDC art. 43: “O consumidor, sem prejuízo do disposto no Art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º - Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a 5 (cinco) anos.

§ 2º - A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º - O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º - Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º - Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.”

³⁸ CF/88 art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ...”

³⁹ CF/88 art. 5º inc. XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Decisão judicial eficiente é a que tem a capacidade de, com eficácia, produzir alguma mudança concreta no conflito que está ocorrendo no mundo da vida⁴⁰.

Quanto à possibilidade de interferência dos magistrados no contrato entre as partes, de maneira a rever parcelamentos e prestações, e expurgar os encargos abusivos, em ações judiciais com pedidos de revisão, não pode haver dúvida quanto à outorga de tais poderes pelo CDC, já que é direito básico do consumidor “*a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*” (art. 6º V CDC), sendo inclusive nulas de pleno direito as disposições contratadas que “*estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*” (art. 51 IV CDC).

Um caso concreto que foi julgado quando a autora era juíza e integrava a Primeira Turma Recursal no sistema dos Juizados Es-

⁴⁰ Cabe mais uma referência ao prof. Lenio Luiz Streck que, com propriedade, estimula os magistrados a realinharem a bússola que os orienta no curso da prestação jurisdicional, ao lecionar: “Mas isso não apaga o fato de que ainda vivemos em um mundo jurídico que busca exorcizar os fatos e conflitos tratados pelo direito, isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum, como bem alerta Castanheira Neves. Para tanto, basta um passar d’olhos na operacionalidade do direito no Brasil, para constatar a resistência exegético-positivista, calcada muito mais em decisionismos e discricionariedades do que em discursos que promovem efetivamente colocar o direito como uma ciência prática, destinada a resolver problemas (sociais) - e o superendividamento é um bom exemplo de problema social a ser resolvido pelo direito (adendo nosso) -, mormente nesta fase da história, em que lemos, por exemplo, na Constituição, que o Brasil é uma República cujos objetivos são, entre outros, a redução da pobreza, a justiça social, etc. Ou seja, é preciso compreender que o direito - neste momento histórico - não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como na era da fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais sociais e da própria democracia.” (*Idem, ibidem*, n. r. 30, p. 9/10.)

peciais, merece relato por ter sido precedente importante em prol de consumidores endividados⁴¹.

Ivone Lima de Souza tinha um contrato com o Banco Itaú para pagar em 36 parcelas de R\$ 430,16. Quando a consumidora tomou tal empréstimo, tinha dois empregos e, por isso, podia pagar esta prestação. Após perder uma de suas fontes de renda os pagamentos começaram a ficar em atraso. Ivone propôs ação judicial requerendo o parcelamento da dívida de forma que pudesse pagar, a devolução dos valores que já pagara e entendia como indevidos, e indenização por danos morais. Em sua defesa, o Itaú sustentou a falta de interesse de agir, e que o contrato deveria prevalecer.

Salientou-se à ocasião, no voto que integrou o acórdão da Turma Recursal⁴², que o Código de Defesa do Consumidor possibilita, em seu art. 6º, inciso V, que se modifiquem as cláusulas contratuais desproporcionais ou a revisão do contrato em função de fatos supervenientes que, de tão onerosos ao consumidor, desequilibrem o sinalagma, colocando o consumidor em verdadeira situação de iniquidade, e que, portanto, o valor da dívida, que era de R\$ 15.485,76 referente a 36 parcelas de R\$ 430,16, sendo que deste valor faltava pagar R\$ 7.542,54, era em muito superior ao salário de R\$ 503,59 da consumidora e, portanto, os descontos do débito restante não poderiam ultrapassar 20% desse valor, sob pena de inviabilizar a sobrevivência digna da consumidora superendividada.

Sublinhou-se à ocasião a clara tentativa de enriquecimento ilícito do banco, pois sabendo que a cliente estava em evidente situação de superendividamento, cobrava encargos e tarifas para movimentação de conta-corrente que somente estava sendo usada pela autora para receber o salário e ter debitadas as parcelas. Por fim, alterou-se o contrato para que Ivone pagasse 65 parcelas mensais de R\$ 116,04 e, se houvesse atraso, os juros não ultrapassassem de 1% ao mês com multa no limite de 2%.

⁴¹ A respeito veja-se matéria publicada no jornal *O Globo*, em 03/05/06: “José Roberto de Oliveira, presidente da Anacont, diz que vai se basear nesta decisão ... para defender 1.450 pensionistas de ex-combatentes.”

⁴² Proc. nº 2005.700.044645-9, I Turma Recursal/ERJ, j. 28/09/05.

A consumidora pôde assim respirar, realinhar suas finanças e pagar a dívida, ciente de que, caso o banco lhe cobrasse valores diferentes daqueles arbitrados judicialmente, estaria sujeito à multa cominatória de R\$ 500,00 a cada descumprimento da decisão judicial.

Nesta mesma senda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ratificou, por unanimidade, voto da autora, em favor do consumidor Marcos Maurício de Freitas Gomes, *verbis*:

“Apelação Cível nº 2007.001.47947, Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, j. 17/10/07.

Ementa: Apelação cível. Revisão de contrato de empréstimo bancário. Relação de consumo. Subsunção à Lei 8.078/90. Superendividamento. Consignação facultativa de prestações em folha de pagamento de funcionário público. Impossibilidade de pagar o vulnerável o empréstimo na forma contratada sem prejuízo de sua subsistência e vida digna. CDC que sendo lei de ordem pública impõe a proteção do consumidor hipossuficiente na forma preconizada pelo novo direito fundamental inserido no art. 5º inc. XXXII CF/88. Intervenção do Estado-Juiz no contrato para rever a onerosidade excessiva. Inteligência dos arts. 6º, V, CDC e 421 e 478 NCC. Possibilidade. Consignação em folha de pagamento que por si só não representa a princípio a desvantagem exagerada. Má-fé do apelado que malgrado as condições do autor lhe oferece outros empréstimos e a própria renovação que o autor inicialmente pleiteava. Prestações consignadas que se reparcelam. Inteligência do § 5º do art. 84 CDC. Efetividade e celeridade da prestação jurisdicional. Ofício expedido à Secretaria de Administração do Estado. Reforma da sentença. Provimento parcial do apelo. Sucumbência rateada.”

A jurisprudência, entretanto, tem sido extremamente refratária no que tange as questões envolvendo o superendividamento. Oscilam as decisões judiciais, em 1º e 2º graus, quer na Justiça Especial, quer na Comum, entre a extinção sem apreciação do

mérito das ações em que os consumidores fazem pedido de revisão dos contratos no sentido do parcelamento pelo Judiciário, por conta de uma suposta (inexistente!) “impossibilidade jurídica do pedido”, e a improcedência por conta dos clássicos princípios *pacta sunt servanda* e autonomia da vontade⁴³.

⁴³ Exemplificativamente, transcrevem-se os julgados: “Agravo de Instrumento nº 70005175666, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator CLÁUDIO AUGUSTO ROSA LOPES NUNES, julgado em 07/08/2003. Ementa: Agravo de instrumento. Contrato de renegociação de dívida. Ação revisional. Pedido não formulado em sede de tutela antecipada. Preliminar de inépcia da inicial afastada. Poder geral de cautela. Débito em conta das prestações. Bloqueio de cartão magnético. Situação de iniquidade que autoriza o cancelamento. Agravo provido em parte. Unânime. Afastada a preliminar de inépcia da inicial, porquanto ainda que não atendida a melhor técnica processual, possível a concessão de liminar para o cancelamento do débito em conta, em face do poder geral de cautela do juiz, nos termos do artigo 798 do Código de Processo Civil. O fato de o endividamento desmesurado do recorrente merecer censura, não significa venha permitir-se a seus credores a apropriação integral de seus rendimentos todos os meses, em verdadeira execução extrajudicial. A injustiça de tal situação - e isso parece evidente - está no fato de o devedor perder o direito de optar pela inadimplência, como forma de administração de seus proventos, o qual não pode ser retido de forma nenhuma como meio de pagamento. Possibilidade de suspender o débito em conta das prestações contratadas, pois, apesar do princípio da *pacta sunt servanda*, é dado ao devedor a denúncia da cláusula. Não é dado ao Poder Judiciário determinar a liberação do cartão magnético, sob pena de obrigar o banco em continuar a prestar serviços, os quais restaram suspensos ou cancelados diante do inadimplemento do correntista.”; “Agravo de Instrumento Nº 2008.002.04609, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Des. ROBERTO DE ABREU E SILVA, julgado em 22/02/2008. Ementa: Empréstimos bancários. Discussão acerca dos juros cobrados. Descontos em conta-corrente. Suspensão dos lançamentos. Astreintes. A agravada reconhece a existência da dívida discordando do saldo devedor ao argumento de cobrança de juros capitalizados. Nessa ótica, não se pode suspender o lançamento de débito em conta-corrente, notadamente porque este tipo de empréstimo constitui opção da agravada. Destaque-se, ainda, que é de sabença geral que este tipo de empréstimo possui taxas menores e não se exige avalista. Outrossim, o débito em conta corrente não constitui penhora sobre remuneração. Há que se estabelecer um percentual de desconto, porquanto a conta-corrente em questão destina-se ao recebimento do salário da agravada, tese que vem sendo acolhida pela jurisprudência. Assim, os descontos devem restringir-se a 30% do valor depositado na conta corrente da agravada. A multa tem caráter, apenas, coercitivo, a fim de não se postergar o cumprimento da determinação judicial, e tem previsão legal (art. 461, § 4º, do CPC). No entanto, a forma estabelecida pelo douto Juízo *a quo* - dobro da quantia retirada por cada ato de desobediência, apresenta-se exacerbada, motivo pelo qual fixo-a em R\$ 50,00 em atenção ao princípio da razoabilidade. Provedimento parcial do recurso.”; “Apelação Nº 2006.001.15329, Décima Primeira Câmara Cível, Relator Des. PAULO SERGIO PRESTES, julgado em 10/05/2006. Ementa: Ordinária. Ação de nulidade de cláusula contratual c/c revisional de obrigação creditícia e indenizatória. Cartão de crédito. Inadimplência comprovada. Não cabe ao Poder Judiciário intervir nas cláusulas contratuais, salvo

Há porém esperança para os consumidores endividados, na medida em que, embora timidamente, os Tribunais brasileiros, mesmo que pontualmente⁴⁴, estão percebendo as dificuldades do homem comum em lidar com a massificação do consumo, com a superabundância do crédito e com as dificuldades de articulação do necessário com o supérfluo.

quando ofendem à lei. Princípio da intangibilidade dos contratos. Contrato de adesão firmado voluntariamente. **Pacta sunt servanda**. Financiamento. Assunção do custo. Pagamento da dívida extingue a obrigação. Extinção do contrato. Sentença de improcedência mantida por seus próprios fundamentos. Desprovisionamento do recurso.”; “AgRg no REsp 904.538/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Quarta Turma, julgado em 24/04/2007. Ementa: Agravo regimental no recurso especial. Contrato bancário. Desconto em folha. Validade. Agravo não provido. 1. A cláusula que prevê, em contratos de empréstimo, o desconto em folha de pagamento, não encerra qualquer abusividade, não podendo, em princípio, ser alterada unilateralmente, porque é circunstância especial para facilitar o crédito. 2. Agravo regimental não provido.”; “AgRg no REsp 633089/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENDES DIREITO, Terceira Turma, julgado em 24/08/2006. Ementa: Agravo regimental. Recurso especial. Ação revisional. Contrato bancário. Capitalização mensal dos juros. Desconto em folha de pagamento. Precedentes da Corte. 1. Impossibilidade de capitalização mensal dos juros em contrato bancário. Medida Provisória nº 2.170-36. Tema não prequestionado. 2. No julgamento do REsp nº 728.563/RS, Segunda Seção, julgamento datado de 8/6/05, esta Corte considerou que a consignação em folha é da própria essência do contrato celebrado. Não representa, apenas, uma mera forma de pagamento, mas, sim, a garantia do credor de que haverá o automático adimplemento obrigacional por parte do tomador do mútuo, permitindo a concessão de empréstimo com menor margem de risco. Decisão agravada reconsiderada, no ponto. 3. Agravo regimental provido, em parte.”; “REsp 728563/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Segunda Seção, julgado em 08/06/2005. Ementa: Civil. Contrato de auxílio financeiro. Desconto em folha de pagamento. Cláusula inerente à espécie contratual. Inocorrência de abusividade. Penhora sobre remuneração não configurada. supressão unilateral da cláusula de consignação pelo devedor. Impossibilidade. I. É válida a cláusula que autoriza o desconto, na folha de pagamento do empregado ou servidor, da prestação do empréstimo contratado, a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que da essência da avença celebrada em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário. II. Recurso especial conhecido e provido.”

⁴⁴ Vejam-se a respeito os seguintes julgados: “RMS 21380/MT, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 30/08/2007. Ementa: Direito administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público estadual. Consignação em folha de pagamento. Limite de 30%. Princípio da razoabilidade. Recurso provido. 1. Tendo em vista o caráter alimentar dos vencimentos e o princípio da razoabilidade, mostram-se excessivos, na hipótese, os descontos referentes às consignações em folha de pagamento em valor equivalente a 50% da remuneração líquida do recorrente, de modo que lhe assiste razão em buscar a limitação de tais descontos em 30%, o que assegura tanto o adimplemento das dívidas como o sustento de sua família. 2. Recurso ordinário provido.”; “Apelação Cível Nº 70021815857, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, julgado em 13/12/2007. Ementa: Apelação cível. Servidor público

6.2 - Outros olhares - outras possibilidades

Resta também observar que a Lei 10.406/02, o Novo Código Civil deve ser usado como fonte legal a suplementar os argumentos judiciais em favor do consumidor superendividado, já que refere a lesão como instituto atinente à seara dos defeitos do negócio jurídico⁴⁵.

Segundo a civilista Maria Helena Diniz, a lesão se considera *“um vício do consentimento decorrente do abuso praticado em situação de desigualdade de um dos contratantes, por estar sob premente necessidade, ou por inexperiência, visando a protegê-lo, ante o prejuízo sofrido na conclusão do contrato, devido à desproporção existente entre as prestações das duas partes”*⁴⁶.

estadual. Desconto em folha de pagamento. Superendividamento. Limitação. Preservação do mínimo existencial. Caso concreto em que o próprio Estado, quando da contestação, reconhece o descumprimento do quanto estabeleceu o Decreto nº 43.574/05 acerca do limite de comprometimento da renda de servidores com descontos obrigatórios e facultativos (70%). Ilegal o proceder do demandado que admite o assomo de descontos em folha a superarem percentual de 90% de comprometimento fazendo parcos R\$ 360,00 chegarem às mãos do servidor. Preservação do mínimo existencial, evitando que o superendividamento coloque em risco a subsistência do servidor e de sua família, assim como o malferimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Litigância de má-fé, por parte do Estado, reconhecida, tendo-se concretizado as hipóteses previstas nos incisos II, III, IV e V, do art. 14, do CPC. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido.”; “Agravo Nº 70023033913, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator DÁLVIO LEITE DIAS TEIXEIRA, julgado em 20/03/2008. Ementa: Agravo interno. Desconto em folha de pagamento. Limitação. Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e superendividamento do consumidor. Princípio da isonomia. Consoante entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, revela-se válida a cláusula contratual que prevê o desconto em folha de pagamento. A limitação deste ao percentual máximo de 30% dos rendimentos brutos do consumidor, excluídos os descontos obrigatórios, decorre da eficácia também entre os particulares do princípio da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial), bem como objetiva evitar o superendividamento do consumidor. Assim, visa-se a assegurar um mínimo de rendimento para sobrevivência digna deste e de sua família, fulcro, inclusive, no princípio da isonomia, uma vez que a distinção entre os servidores municipais, estaduais e federais, a partir dos níveis da federação em que prestam serviços, não se constitui em aspecto suficiente para justificar o afastamento do tratamento igualitário. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Agravo interno provido. Por maioria.”.

⁴⁵ NCC art. 157: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”

⁴⁶ *In Novo Código Civil Comentado*, Saraiva, 4ª ed., p. 157. Também neste jaez há precedente julgado pela 5ª CC/TJRJ, *verbis*: “Apelação Cível nº 2006.001.16305, Apelante: Banco Itaú S/A, Apelado: Floraci de Barros Magalhães, Juiz: Dr. Sérgio Roberto Emílio Louzada,

Por outro lado as administrações dos Tribunais têm agora, a partir da pioneira iniciativa de duas magistradas gaúchas, Karen Rick Danilevicz Bertoncello e Clarissa Costa de Lima, a oportunidade de referendar, à altura de verdadeira política pública judiciária, os Juizados Especiais do Consumidor Superendividado.

Como refere o resumo do texto que descreve o projeto e foi publicado na **Revista de Direito do Consumidor**, sob a coordenação de Cláudia Lima Marques⁴⁷:

“A ausência de tutela legal destinada ao tratamento das situações de superendividamento no Brasil e o aumento do número de indivíduos e de núcleos familiares acometidos por este fator de exclusão social, a exemplo dos resultados obtidos pela pesquisa realizada no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a coordenação da Prof. Dra. Cláudia Lima Marques, justificam a instauração de projeto-piloto em duas Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul (Charqueadas e Sapucaia do Sul). Este projeto-piloto objetiva a reinserção social do consumidor superendividado, através da conciliação paraprocessual ou processual obtida em audiência de renegociação com a to-

Relatora: JDS. Des. Cristina Tereza Gaulia. Ementa: Apelação cível. Relação de consumo. Descontos de prestações de financiamento bancário diretamente da conta salário da consumidora. Prática abusiva. Vulnerabilidade do consumidor. Onerosidade excessiva. Inteligência da aplicação conjunta dos arts. 4º I, 51 IV e §1º III CDC. Desconto autorizado pelo consumidor em contrato de refinanciamento. Vontade viciada do mais frágil. Lesão. Aplicação conjunta do art. 157 NCC. Falta de alternativa do consumidor. Superendividamento. Patologia freqüente da moderna sociedade massificada de consumo e de crédito. Agressão à dignidade se os descontos incidem sobre os parcos vencimentos da autora retirando-lhe a possibilidade de deliberar sobre quais os débitos de sua vida privada são mais relevantes. Fórmula coativa de cobrança que fere a legalidade. Analogia com a situação prevista no inc. IV do art. 649 CPC que proíbe a penhora de salários e vencimentos. Nulidade na forma do art. 42 CDC. Danos morais. Invasão da privacidade econômico-financeira da autora. Sentença que afasta a possibilidade de tal cobrança sob pena de multa, a negatização do nome da autora em cadastros restritivos onde houve ilegítima inclusão e fixa danos morais, que se confirma. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível referida em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento à apelação na forma do voto da Relatora. Rio de Janeiro, 25/04/06.”

⁴⁷ RDC nº 63, RT jul-set/07, p. 174.

talidade de seus credores. As audiências são presididas por Juizes de Direito, que propõem a renegociação com cada credor, na mesma solenidade, a partir das condições pessoais do superendividado e respeitando a preservação de seu mínimo vital.”

7. CONCLUSÃO

Em verdade não se pode desconsiderar, como ainda fazem o Judiciário e a maioria de seus integrantes, que o superendividamento é uma patologia da sociedade de consumo pós-moderna.

Não se pretende, como se ouve aqui e ali, fazer a apologia do devedor incentivando o mesmo ao não pagamento e, com isso, facilitando o inadimplemento irresponsável e pernicioso à economia e ao mercado.

O superendividamento deve ser olhado como fenômeno econômico e social duradouro e gerador de sérias consequências para o cidadão e para a sociedade, posto que pode representar verdadeira “falência civil” em alguns casos, e, no mínimo, retira daquele a liberdade de dispor sobre seu patrimônio econômico-financeiro.

Assim, se por um lado, conforme bem delineado por Heloísa Carpena⁴⁸, *“o financiamento concedido de forma temerária, tendo sido celebrado o pacto com consentimento irrefletido, sem contemplação por parte do fornecedor das reais condições daquele que pretende receber o crédito, praticamente induzindo a inadimplência, sem dúvida nenhuma viola o princípio da dignidade da pessoa humana”*, constitui verdadeiro abuso de direito, por outro lado, mas na mesma senda, nas palavras das juízas Karen Bertoncello e Clarissa Lima⁴⁹, a *“dimensão socioeconômica do superendividamento identifica que a manutenção do mercado com a crescente produção de bens, de serviços e de informações dependerá da ‘saúde’ financeira deste consumidor e de sua rein-*

⁴⁸ *In Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação, idem, ibidem*, n. r. 28, p. 337.

⁴⁹ *In Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento, idem, ibidem*, n. r. 28, p. 208.

serção no ciclo de produção, o que só é possível por meio de tutela jurídica específica destinada a prevenir e a solucionar as situações de endividamento.”

Cabe, portanto, ao Poder Judiciário, a reversão da filosofia dos fornecedores de crédito, de que é possível ser feliz à vista, embora pagando em parcelas. ☐

Conflito Aparente de Normas

Art. 40, IV, da Lei 11.343 e o Estatuto do Desarmamento

Vinicius Marcondes de Araujo
Juiz de Direito do TJ/RJ

PROBLEMA POSTO

O presente estudo visa a elucidar qual é a norma de regência para os casos em que alguém sofre imputação pelo crime de tráfico de drogas, sendo que no contexto desta conduta há a utilização de arma de fogo, ainda que não empregada ostensivamente.

Para visualizar o problema posto, extremando de dúvidas o contexto do tráfico de drogas, basta imaginar a hipótese em que determinado indivíduo é flagrado em morro conhecido por seu “movimento”, com quantidade relevante de drogas em depósito dentro de uma gruta, e no mesmo local é encontrada arma de fogo.

Tratando-se do mesmo contexto fático, depósito de drogas (tráfico) e das armas e munição, surge desde logo a dúvida sobre qual enquadramento legal deve ser dado à hipótese sob comento, na medida em que normas distintas parecem disputar incidência sobre o fato, quais sejam, a que decorre da causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV da Lei 11.343, que prevê o emprego de arma de fogo ao crime de tráfico de drogas, ou as relativas aos crimes dos arts. 14 ou 16 Lei 10.826 (vulgarmente conhecidos como porte ilegal de arma de fogo e munição, de uso permitido ou restrito), em concurso material com o art. 33 da Lei 11.343 (tráfico).

O tema não é objeto de pronunciamento jurisprudencial, tampouco a doutrina se ocupou enfrentá-lo especificamente, provavelmente pela novidade que representa a causa de aumento pelo emprego de arma de fogo constante do art. 40, IV, da Lei 11.343 no cenário jurídico nacional.

DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS

O ordenamento positivo, por pretender regular um número incontável de condutas, muitas vezes sobrepõe regras que parecem incidir sobre um mesmo fato. Todavia, para segurança do sistema, apenas uma regra deve ser a aplicável, razão pela qual a doutrina cuidou de organizar balizas para que se chegue a esta norma incidente ao caso concreto, o que avulta em importância em Direito Penal, através do instituto do conflito aparente de normas.

Com poder de síntese, leciona a professora Flávia Ferrer:

*“há dois pressupostos que conduzem à ocorrência do concurso aparente: a) unidade de fatos; b) pluralidade de normas que identificam o mesmo fato como delituoso.”*¹

Pois bem, identificada a multiplicidade de normas sobre um mesmo fato, cumpre utilizar os princípios erigidos pela doutrina para se chegar à norma aplicável, e são eles, segundo o entendimento dominante, o da consunção, o da subsidiariedade e o da especialidade.

Para os estreitos limites deste trabalho afigura-se importante tratar de forma breve do princípio da especialidade, dada sua pertinência com o objeto do presente estudo, sendo tranquilo afirmar que a norma é especial quando possua todos os elementos da norma geral, agregado algum fator extra na previsão legal que torne singular aquela conduta regulada em relação ao que está previsto na norma geral.

Ad colorandum, basta lembrar do homicídio, regra geral, e sua relação com o infanticídio. Se no homicídio, art. 121 do CP, o preceito primário diz *“matar alguém”*, aí estaria inclusa também a conduta de uma mãe matar o seu próprio filho, sob a influência do estado puerperal, não fosse a previsão especial do art. 123 do CP, que agrega ao *“matar alguém”* o fato de a vítima ser um recém-nascido, e ainda que a autoria do crime caiba à sua mãe, sob influência do mencionado estado puerperal.

¹ FERRER, Flávia. *Escritos de Direito Penal e Processo Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. P. 12.

Ocorrente esta relação de especialidade, é a regra especial que deve ser aplicada, invocável a máxima latina *lex specialis derogat generali*.

Exatamente por aplicação do princípio da especialidade é que no contexto do tráfico de drogas, havendo emprego de uma arma de uso restrito, por exemplo, aplicar-se-á o art. 33 com a causa de aumento do art. 40, IV², ambos da Lei 11.343, e não o concurso material entre o tráfico e o art. 16³ da Lei 10.826.

Lembremos do “pregão” do tráfico flagrado em reportagem do falecido Tim Lopes, em que agente criminoso gritava a quem quisesse, e não quisesse, ouvir os preços das várias partidas da mercadoria espúria, com uma arma em punho, como a intimidar os circunstantes.

Até aqui dúvida não há, já que o termo empregar consta tanto na causa de aumento da lei de drogas quanto no estatuto do desarmamento, mas a especialidade determina o reconhecimento da majorante em detrimento do reconhecimento do crime autônomo da lei de armas.

A perplexidade surge quando não há o emprego ostensivo de arma de fogo no contexto do tráfico de drogas. Aqui retorno ao exemplo mencionado no início deste estudo, em que determinado indivíduo é flagrado em morro conhecido por seu “movimento”, com quantidade relevante de drogas em depósito dentro de uma gruta, e no mesmo local é encontrada arma de fogo de uso proibido.

Note-se que se dermos interpretação literal ao verbo *empregar*, não haveria enquadramento típico para aplicação da causa de aumento da lei de drogas, considerado o exemplo dado, pois *ter em depósito* arma reclama tipicidade literal com os crimes do

² Art. 40 - As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

³ Art. 16 - Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

art. 14 e 16 do estatuto do desarmamento, e não com a causa de aumento referida.

Abram-se parênteses para salientar que os arts. 14 e 16 da Lei 10.826 são tipos mistos alternativos, com vários núcleos além do verbo empregar, tais como ceder, adquirir, portar etc. onde é de se aplicar idêntico raciocínio ao que se está a empreender.

Todavia, a interpretação literal do verbo “empregar” viola o princípio da proporcionalidade a marteladas. Explico-me.

Uma premissa que parece irrefutável é a de que o emprego efetivo da arma de fogo no contexto do tráfico traz mais danos à sociedade do que o traficante que tem armas em depósito.

Para figurar o emprego como conduta mais perniciosa do que o depósito, basta imaginar “pregão” que se faz para o comércio espúrio, com arma em punho, em determinadas comunidades, na frente de crianças com uniforme escolar.

Vale dizer, com o efetivo e literal emprego da arma de fogo, a violação ao bem jurídico é mais contundente do que na conduta de tê-la em depósito ou de portá-la, ocultando-a sob a blusa, já que a coletividade não visualiza o ilícito.

Pois bem, tomado o exemplo, que é o paradigma deste estudo, o traficante com arma em depósito terá uma pena substancialmente maior do que aquele que empregou a arma na literalidade do verbo.

O art. 16 da Lei 10.826 tem pena mínima de 3 anos, ao passo que a causa de aumento do art. 40 da lei de droga prevê aumento de 1/6 a 2/3 sobre uma pena mínima de 5 anos.

No exemplo em tela, o traficante tem “apenas” uma arma de uso proibido em depósito, mas sofreria uma reprimenda de 3 anos (se ausentes outras circunstâncias ao agravo da pena), ao passo que se estivesse com ela em punho ameaçando alguém, num imaginário flagrante, a majoração da pena pela causa de aumento do art. 40, IV da Lei 11.343 provavelmente conduziria ao mínimo, é dizer 1/6, o que levaria a um aumento de 10 meses de reclusão.

As duas soluções respectivamente quantificadas quanto à pena no exemplo dado: (1) concurso material entre tráfico e o crime da lei de armas, sem o emprego efetivo = *8 anos de reclusão*; (2) o crime de tráfico de drogas com a causa de aumento do art.

40, IV da Lei 11.1343, por não haver o literal emprego da arma de fogo (ter em depósito) = *5 anos e 10 meses de reclusão*.

A violação ao princípio da proporcionalidade é evidente e injusta, pois aquele que agride com maior intensidade a incolumidade social tem pena substancialmente mais branda do que aquele que a afronta de forma menos grave.

O cenário fica mais aberrante se o caso for de associação ao tráfico, crime a respeito do qual o art. 40, IV da Lei 11.343 também é aplicável. Isto porque a base de cálculo sobre qual deve incidir a causa de aumento de 1/6 a 2/3 é menor, catapultando a violação ao princípio da proporcionalidade a patamares vexatórios.

Figure-se então um exemplo. Um “olheiro” do tráfico, com uma pistola de uso proibido na cintura (porte, e não emprego tradicionalmente considerado) é flagrado utilizando um rádio transmissor para fornecer a localização da polícia. Clássica hipótese de, “somente”, associação ao tráfico, pois não foi encontrada droga com esse agente.

O cúmulo material (soma das penas - art. 69 do CP) entre a associação e o porte de arma de fogo importa em 6 anos de reclusão (associação - 3 anos + porte - 3 anos), ao passo que se esse associado apontasse essa pistola contra alguém no auxílio da mercancia espúria, seria condenado apenas por associação ao tráfico, aplicando-se a causa de aumento em 1/6, a importar em 3 anos e 6 meses de reclusão: *2 anos e 6 meses a menos de prisão, portanto, para aquele que pratica uma conduta bem mais nociva ao tecido social!*

A diferença de tratamento em prejuízo da isonomia é retumbante.

DO CERNE DA CONTROVÉRSIA - INTERPRETAÇÃO DO VERBO EMPREGAR

A maneira juridicamente viável para contornar a iniquidade apontada é elastecer a interpretação do que seja *emprego* da arma de fogo.

Ou seja, devemos nos despir do conceito desde sempre utilizado para majorar o crime de roubo, mediante emprego de arma

(art. 157, parágrafo 2º, I do CP), consistente na efetiva utilização da mesma para o sucesso da rapina violenta.

Não, o emprego de arma para o tráfico, que traduz no mais das vezes mercancia estável, empresa, tal como a dogmática do direito empresarial ensina, serve, na realidade carioca de grossos calibres, para garantir a dominância de áreas, verdadeiros estabelecimentos a céu aberto, e não precisam estar visivelmente dispostos nas mãos de seus agentes para que sirvam ao desiderato criminoso do tráfico de drogas.

Ao reverso, sabe-se que as armas de grosso calibre, algumas capazes de derrubar helicópteros, ficam escondidas para a hipótese de invasão de facções rivais, ou mesmo para rechaço de incursão policial, mas ninguém duvida de que tais armamentos pesados estão ali para garantia e respaldo da empresa em que se traduz o tráfico de drogas.

Vale dizer: ainda que não empregadas ostensivamente, tal qual sempre se considerou para configuração da majorante do emprego de arma de fogo ao crime de roubo (art. 157, parágrafo segundo, I do CP), são *empregadas* ao sucesso da empreitada que configura o tráfico de drogas.

Adotado este conceito, que se propõe, seria conferido tratamento isonômico aos casos apresentados a julgamento, permitindo ao magistrado dosar o quantitativo da reprimenda de acordo com o exame do caso concreto, variando a resposta penal de 1/6 a 2/3 sobre as iras do art. 33 da Lei 11.343.

O critério plasmado consiste em que as armas que sirvam ao tráfico são *empregadas* nesta atividade espúria, da maneira que for, ter em depósito, porte etc. disputando espaço com as normas do estatuto do desarmamento, em verdadeiro conflito aparente de normas, que deve ser resolvido pelo princípio da especialidade, na medida em que o tratamento das armas no contexto do tráfico de entorpecente tem regramento próprio na Lei 11.343.

CONCLUSÃO

Alguém que intimida as pessoas com o emprego efetivo de arma de fogo ou lança perigo concreto de lesão, como na hipótese

de disparo de arma de fogo, não pode sofrer reprimenda menor do que o sujeito que “simplesmente” porta ou tem em depósito uma arma de fogo para o exercício do tráfico de drogas, já que aquelas condutas agridem mais intensamente a ordem jurídica do que estas.

A lei antidrogas traz regra especial para incluir sob o seu manto todas as condutas possíveis de serem enquadradas no manejo de armas na atividade do tráfico de entorpecentes, ao abrigo do verbo *empregar*, assim interpretado extensivamente para albergar o depósito, o porte etc.

Desta forma, há que se aplicar a causa de aumento do art. 40, IV da Lei 11.343 sempre que as armas estiverem sendo empregadas para o sucesso do tráfico de drogas, em detrimento do concurso material entre o tráfico e os arts. 14 e 16 da Lei 10.826.

O princípio do livre acesso ao Judiciário não se limita a permitir o ingresso de demandas ao conhecimento de um juiz, mas, sobretudo, que a justiça aplicada ao caso concreto seja efetivamente justa, o que não pode vingar quando duas condutas díspares em intensidade de violação ao bem jurídico tutelado permitam punições diametralmente opostas às intensidades que acarretam.

Não pode o desvalor maior sofrer reprimenda menor do que a conduta que é menos nociva ao sistema jurídico.

É uma questão de proporcionalidade. É uma questão de Justiça. ☐

Aspectos Pontuais da Guarda Compartilhada

Francisco Messias Neto

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor substituto da Universidade Federal Fluminense - UFF.

“...Assim fica claro que, apesar dos perigos e dos dramas que atormentam o nosso mundo, o direito ainda pode, no campo prático em que reside a honra do homem, conceder um lugar à esperança”¹.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de refletir e traçar as principais alterações de ordem prática introduzidas pela Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, disciplinando a guarda unilateral e a compartilhada.

Oportuno registrar que esta nova legislação não inovou a respeito da guarda compartilhada, pois diversos Tribunais Estaduais e o próprio Superior Tribunal de Justiça já a sufragavam em suas decisões.

Nesta perspectiva, pretendemos discorrer sobre a guarda compartilhada e sobre alguns institutos conexos, tais como: guarda alternada (ou pendular); responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores; alimentos; visitação; direito de fixar residência; requisitos para a concessão da guarda compartilhada; divisão de responsabilidade dos pais; foro competente para

¹ Simone Goyard-Fabre. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

dirimir conflitos entre pais e filhos sob guarda compartilhada, e as medidas para se efetivar o cumprimento do pactuado na guarda compartilhada.

2. DO PODER FAMILIAR E SEU CONCEITO

É o poder familiar, denominação adotada pelo atual Código Civil para o antigo pátrio poder, tratado no Código Civil de 1916, que confere aos pais, dentre outros, o direito de ter os seus filhos em sua companhia e guarda, e de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha², daí a necessidade de se oferecer o seu conceito.

O poder familiar não foi trazido ao Direito brasileiro como aquele poder despótico concebido no Direito Romano³, que representava uma sujeição dos filhos em relação ao domínio paterno - voltado ao exercício de poder dos pais sobre os filhos - muito embora estivesse presente no Código Civil de 1916 uma visão bastante discriminatória, uma vez que a mãe não podia atuar da mesma forma que o pai na educação, cuidados e escolhas em geral para com os filhos do casal, tendo em vista que o exercício do referido poder era desigual⁴. Assim era, a título de exemplo, no que se refere à emancipação dos filhos⁵, à chefia da sociedade conjugal⁶ e à autorização para o casamento⁷.

A Constituição de 1988, no entanto, alargou o conceito de família⁸ e passou a proteger de forma igualitária todos os seus

² Art. 1.634, II e VI, do Código Civil.

³ “O *patria potestas* dos romanos antigos era muito extenso, ao início, pois abrangia o poder de vida ou morte, mas gradativamente restringiu-se, como se vê em antigo aforismo, enunciando que o pátrio poder deve ser exercido com afeição e não com atrocidade” - *Patria potestas in pietate debet, non in atrocitate, consistere*. Paulo Luiz Netto Lobo. **DO PODER FAMILIAR: Direito de Família e o Novo Código Civil**, p. 155. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁴ Rosana Barbosa Cipriano Simão. “Abuso de direito no exercício do poder familiar”, in *Guarda Compartilhada. Aspectos Psicológicos e Jurídicos*, p. 38-39. Ed. Equilíbrio.

⁵ Parágrafo 1º, I do art. 9º do Código Civil de 1916.

⁶ Art. 233 do Código Civil de 1916.

⁷ Art. 186 do Código Civil de 1916.

⁸ Vale transcrever, sobre este ponto, a síntese que se segue: “Os princípios da igualdade e da liberdade, segundo os ditames constitucionais, emolduram as relações familiares. Os laços de solidariedade entre pais e filhos são fortalecidos pelo legislador, que consolida

membros, sejam os partícipes dessa união como também os seus descendentes⁹.

A família, portanto, deixa de ser vista como mera instituição jurídica e assume feição de instrumento para a promoção da personalidade humana, mais atual e afinada com o tom constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁰, tornando-se um lugar privilegiado, o ninho afetivo, onde a pessoa nasce inserida e no qual modelará e desenvolverá a sua personalidade e as suas potencialidades, na busca de sua felicidade, que é o seu verdadeiro objetivo.

Ainda, a inclusão do poder familiar no texto constitucional, a partir de 1988, no *caput* do art. 229, o elevou à natureza de direito e dever fundamental, conforme preconizado por Canotilho e Jorge Miranda¹¹, citados pela juíza alagoana Ana Florinda Dantas¹², que assevera que “em decorrência dos valores jurídicos que visa regular, a sua evolução levou à necessidade de que lhe fosse dado um novo enquadramento como categoria jurídica, sendo a mais atual aquela que o inclui no rol dos direitos subjetivos”.

E, por sua vez, no *caput* do art. 227 da Constituição brasileira outorgou-se à criança e ao adolescente o direito à dignidade, já presente como princípio fundamental no art. 1º, inciso III, e, como

os deveres dos pais em relação aos filhos e destes em relação aos seus pais. Essa relação, antes baseada no temor da autoridade paternal, transformou-se em respeito mútuo, em co-participação. A família não é mais constituída por um chefe com poderes indiscutíveis, mas sim por membros que possuem direitos e deveres”. Conrado Paulino da Rosa. *In* artigo: “Responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores: A aplicabilidade da jurisprudência argentina no direito brasileiro”. *Revista de Direito do TJ-RJ*. N.º. 68, p. 56. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2006.

⁹ Essa mudança de paradigma foi de tamanha importância que mereceu por parte Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes ser chamada de revolucionária. Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes. *Do Direito de Família: Direito de Família e o Novo Código Civil*, p. 3. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

¹⁰ Rodrigo da Cunha Pereira. Apresentação, *in* *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*, Primeira Série, p. IX. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹¹ J.J. Gomes Canotilho. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 231. No mesmo sentido, Jorge Miranda. “Sobre o poder parental”, *in* *Revista de direito e estudos sociais*, ano 32, jan./dez/1990, p. 55-56.

¹² Ana Florinda Dantas. *O Controle Judicial do Poder Familiar quanto à Pessoa do Filho: Temas Atuais de Direito e Processo de Família*, Primeira Série, p. 114. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

diz Paulo Luiz Lobo¹³, um “conjunto mínimo de deveres cometidos à família, a *fortiori* ao poder familiar, em benefício do filho” menor, como o direito à vida, à saúde, educação, alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e à proteção contra a negligência, violência, discriminação, crueldade e opressão.

Em síntese, o poder familiar dos pais é um direito, (poder)-dever que constitui um ônus que a sociedade organizada a eles atribui¹⁴, de forma conjunta e em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, em razão da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos e também no próprio interesse dos genitores; estar presente no desenvolvimento da pessoa do filho corresponde também às necessidades psicológicas dos pais de compartilharem da personalização, crescimento e o desenvolvimento de seus filhos, formando-os e fortalecendo-os para a sociedade e para a vida, atuando, pois, diretamente em sua educação, criação e proteção, como forma de realização pessoal no papel de pai ou mãe¹⁵.

¹³ Paulo Luiz Netto Lobo. *Direito de Família e o Novo Código Civil: Do poder familiar*, p. 156. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

¹⁴ Oportuna a preciosa digressão que se segue: “... a proteção dos direitos infanto-juvenis, os quais não se limitam à guarda, sustento e educação, inerentes ao exercício do poder familiar (antigo pátrio poder), na forma prevista no Código Civil. Assim, o dever-poder dos pais, de forma concorrente com o Estado e a sociedade, inclui, além daqueles, a garantia de direitos outros, dentre eles, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, além de colocá-los “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não bastaria a Constituição e a lei preverem a garantia de tais direitos, impondo a proteção integral também aos pais, sem que autorizassem, em consequência, a devida punição dos mesmos pela infringência de tais normas. A evolução social e científica, ao reconhecer que as necessidades do homem vão além das materiais e físicas, incluindo as emocionais e psíquicas, refletiu no ordenamento jurídico pátrio, que passou a contemplar normas que protegem os direitos extrapatrimoniais e, consequentemente, as que punem a infringência dos mesmos. Assim, não se pode limitar a aplicação do art. 159 do Código Civil/1916, que tem no art. 186, correspondente no novo Código Civil/02, a inclusão do dano moral no rol dos atos ilícitos, passíveis de indenização. Com fulcro em tais fundamentos, este colegiado se filia à corrente que entende possível a condenação dos genitores por danos morais causados a filho (os), quando devidamente comprovados em cada caso concreto, trazido ao exame do Judiciário”. *Apelação Cível nº 62.576/2006*. Des. Cláudio de Mello Tavares - Presidente e Relator. *Revista de Direito do TJ-RJ*. Nº 74, p. 229/236. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2008.

¹⁵ Silvana Maria Carbonera. *Guarda de Filhos - Na família Constitucionalizada*, p. 64. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

3. DA GUARDA - CONCEITO

Em excelente obra, Silvana Maria Carbonera define guarda, na perspectiva do Direito de Família, como um *“instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”*¹⁶.

A própria autora ressalva, no entanto, que se trata de um esboço do conteúdo da guarda e, por isso, não seria uma definição perfeita e acabada.

*A guarda legal*¹⁷ *é inerente ao poder familiar, pois é justamente este poder que confere aos pais o direito de ter os seus filhos em sua companhia e guarda, e de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha*¹⁸, o que explica a razão de seu conceito se confundir com a própria definição do poder familiar¹⁹.

O poder familiar, portanto, é um antecedente lógico e necessário ao exercício ou concessão da guarda do filho aos pais, pois, para que estes a exerçam necessitam estar no seu exercício pleno²⁰.

4. DA GUARDA - NATUREZA JURÍDICA

A guarda é *“simultaneamente um direito e um dever dos pais”*, conforme ensinamento de Orlando Gomes²¹, pois cabe ao guardião, que é quem exerce a guarda, *“o direito de estabelecer*

¹⁶ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 47-48.

¹⁷ A guarda legal sendo *“compreendida como a modalidade decorrente da relação paterno-filial e exercida pelos pais sem a necessidade de intervenção judicial.”* Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 77.

¹⁸ Art. 1.634, II e VI, do Código Civil.

¹⁹ A este respeito, Marco Aurélio S. Viana assinala que: *“A guarda não é da essência, mas da natureza do pátrio poder, podendo ser confiada a terceiro. É direito que admite desmembramento, é destacável, sendo possível que convivam pátrio poder e direito de guarda, aquele com os pais, este com terceiro”*. Marco Aurélio S. Viana. *De Guarda, da Tutela e da Adoção*, p. 28. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

²⁰ Arts. 1.583, 1.584 e 1.634, II, todos do Código Civil.

²¹ Orlando Gomes. *Direito de família*, p. 395. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

o domicílio legal de seu filho, de permitir que permaneça com terceira pessoa, de orientar e impor comportamento, de restringir as relações sociais, de obrigar à formação escolar e profissional”, bem como “o dever de desenvolver o espírito e as atitudes sadias da criança e do adolescente, incutindo no espírito o sentido do bem, do justo e de perspectivas de se tornar um elemento útil à sociedade”²² .

De acordo com a lição de Silvio Rodrigues, a guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever, pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito, no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho²³.

5. DA GUARDA UNILATERAL, COMPARTILHADA E ALTERNADA

a) Guarda Unilateral

A guarda unilateral²⁴ é atribuída a um só dos genitores²⁵ ou a alguém que o substitua^{26/27}, e que revele, nos termos do pará-

²² Arnaldo Rizzardo. *Direito de família*, p. 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²³ Silvio Rodrigues. *Direito Civil: Direito de família*, p. 344. São Paulo: Saraiva, 1995.

²⁴ Art. 1.583 do Código Civil. A guarda será unilateral ou compartilhada.

Parágrafo 1º: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (parágrafo 5º do art. 1.584 do Código Civil) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

²⁵ Cumpre, por oportuno, uma vez mais com Ana Florinda Dantas, *in* obra citada, p. 130-131, aduzir: “Questiona-se se, diante da igualdade de direitos entre o homem e a mulher, se há ainda em favor da mãe prioridade quanto à guarda do filho, quando não há coabitação entre os pais, preferência que era assegurada pelo Decreto-lei nº 3.200/41 e pela Lei do Divórcio. Após a Constituição de 1988, contudo, essas regras foram revogadas, e hoje o único critério a ser observado é o das melhores condições para o exercício da guarda, independente do sexo do guardião, e inclusive a guarda pode ser atribuída a ambos, de forma compartilhada. A exceção se prende, pelo inegável fator biológico da maternidade, à hipótese do neonato, quando lhe é assegurada a permanência junto à mãe, mas, a partir do momento em que tais condições não subsistam, entendemos que os critérios de decisão devem ser aqueles anteriormente comentados, e, uma vez verificado que junto ao pai o seu interesse será melhor atendido, não encontramos mais nenhum fundamento legal ou moral para manter a guarda do filho menor com a mãe, contrariando todos ou outros fatores que devem ter prioridade nesse tipo de decisão”.

²⁶ Parágrafo 1º do art. 1.583 do Código Civil.

²⁷ Parágrafo 5º do art. 1.584 do Código Civil: esclarece em que circunstâncias a guarda pode ser estabelecida em favor de uma terceira pessoa.

grafo 2º do art. 1.583 do Código Civil, melhores condições²⁸ para exercê-la.

Os poderes do genitor guardião em relação aos filhos seriam desiguais em comparação com os poderes do genitor não guardião, pois o exercício dos poderes²⁹ deste seria restrito³⁰.

O genitor não guardião sofreria, portanto, uma redução nas atribuições que originariamente tinha quando do exercício conjunto da guarda.

Fato é que o legislador não foi claro quanto aos limites de atuação do genitor não guardião. A ele restaria, em princípio, o direito de visitar, ter a companhia e fiscalizar a educação e manutenção dos filhos³¹. Agora, conforme a redação do parágrafo 3º do art. 1.583 do Código Civil, tem também a *obrigação de supervisionar* os interesses dos filhos, muito embora lhe seja facultado o direito de recorrer ao Judiciário sempre que entender necessário questionar a forma da condução do cuidado e educação dirigidos ao filho por parte do genitor guardião.

Ao interpretar o parágrafo 3º do art. 1.583 e o art. 1.589, ambos do Código Civil, concluímos que o genitor não guardião continua com o direito - e não dever - de visitar o filho e com a obrigação de supervisionar os seus interesses, inclusive a sua educação e manutenção^{32/33}.

²⁸ Deve-se entender por *melhores condições* aquelas que atedem ao *melhor interesse da criança e do adolescente*, e não, evidentemente, as econômicas e financeiras. Vide nota de rodapé, nº 53.

²⁹ Art. 1.634 do Código Civil.

³⁰ Ronaldo Álvaro Lopes Martins discorda, consoante nota de rodapé nº 47.

³¹ Art. 1.589 do Código Civil

³² O genitor não guardião continuaria, a meu ver, sem o dever de visitar e ter em sua companhia os filhos, nos termos do art. 1.589 do Código Civil; no entanto estaria agora, por força do parágrafo 3º, do art. 1.583, obrigado, sob pena, do ponto de vista penal, a responder por crime comissivo por omissão, desde que, evidentemente, tome conhecimento de condutas que caracterizem maus tratos ou outros delitos de maior gravidade perpetrados pelo genitor guardião, e nada faça para impedi-los. A parte final do art. 1.589 do Código Civil, portanto, teria sido revogada pelo parágrafo 3º, do art. 1.583, do Código Civil.

³³ Em pedido de indenização por danos morais formulado pelo filho em desfavor de seu genitor, em razão de este não lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando-lhe o contato, apesar de cumprir a obrigação alimentar, o STJ entendeu que escapa ao Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, e que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Recurso Especial, nº 757.4111 - MG

Cabe ao genitor guardião exercer os poderes elencados no art. 1.634 do Código Civil, e, segundo Orlando Gomes³⁴ e jurisprudência, a escolha do domicílio e residência do filho. Este direito não tem caráter absoluto, uma vez que está condicionado aos superiores interesses do filho.

Desta forma, realmente haveria uma desigualdade, pelo menos em alguns aspectos, de poderes entre o genitor guardião e não guardião.

b) Guarda conjunta ou compartilhada

Nesta modalidade de guarda, há igualdade nos poderes³⁵ (similitude de deveres e direitos)³⁶ exercidos pelos pais em relação aos filhos. Os genitores compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho. Pai e mãe, portanto, seriam referências, muito embora morem em casas separadas, e até mesmo em localidades diferentes.

“Seu conteúdo transcende a questão da localização espacial do filho, pois onde ele irá ficar é somente um dos aspectos. A guarda compartilhada implica em outros aspectos igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, o acompanhamento escolar, o crescimento, a formação da personalidade, bem como a responsabilidade conjunta”³⁷.

O filho, contudo, continua a residir somente com um dos pais, cabendo ao genitor não guardião o direito de visita (art. 1.589 do Código Civil).

A guarda compartilhada, consoante dispõe o parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil³⁸ seria, agora, a regra, vez que sempre que não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho esta, sempre que possível, será aplicada.

(2005/0085464-3), Relator: Min. Fernando Gonçalves, data do Julgamento: 29 de novembro de 2005.

³⁴ Orlando Gomes. Obra citada, p. 395.

³⁵ Parágrafo 1º do art. 1.583, do Código Civil.

³⁶ Parágrafo 1º do art. 1.584 do Código Civil.

³⁷ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 150.

³⁸ Parágrafo 2º do art. 1.584, do Código Civil: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

A expressão *sempre que possível* significa que o juiz verificará o melhor interesse e necessidade do filho, ou seja, que a referida guarda não prejudique o seu desenvolvimento. Aliás, o inciso II do mencionado artigo já reforça esta idéia ao aduzir que o julgador verificará as *necessidades específicas do filho*³⁹. Vale reafirmar - para ratificar - que em direito de família cada caso é um caso e exige uma decisão baseada em dados e informações concretas⁴⁰.

A definição da guarda compartilhada, portanto, *não* deve ter em conta a conveniência dos pais, mas os superiores interesses dos filhos.

Esta forma de guarda é possível se existir entre os genitores uma relação marcada pela harmonia⁴¹, vale dizer, se os pais concordarem com esta modalidade de guarda, bem como com o modo pelo qual ela será implementada⁴². A sua adoção não pode prejudicar o desenvolvimento dos filhos. Tal modelo de guarda não deve ser tomado como regra geral, mas partir do exame do caso concreto.

Oportuno o julgado trazido do TJERJ:

“Medida cautelar postulada pelo genitor, convertida em ação ordinária de posse e guarda. Sentença de improcedência. Apelação pleiteando a modificação da guarda ou seu

³⁹Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I [...] II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

⁴⁰ Neste sentido, mais uma lição de Silvana Maria Carbonera: “A criação de fórmulas prontas para solução de litígios é incompatível com o principal princípio orientador do direito de família: a dignidade da pessoa humana, valorizada dentro de uma perspectiva de repersonalização das relações de família”. Silvana Maria Carbonera, *in ob. citada*, p. 151.

⁴¹ Leila Maria Torraca de Brito, psicóloga e professora adjunta do Instituto de Psicologia da UERJ, em participação, juntamente com este subscritor, na apresentação do Projeto “Palco Acadêmico”, na EMERJ, VIII Núcleo - Niterói - RJ, debatendo o tema Guarda Compartilhada, aos 29 de agosto de 2008, tem posição diferente, por entender que a guarda compartilhada deve ser aplicada mesmo não havendo acordo ou harmonia entre os pais, como “instrumento de engenharia social”.

⁴² “A ausência de litígio diz respeito ao estabelecimento da guarda, o que não obsta a existência de litígio sobre a divisão patrimonial ou estabelecimento de alimentos para o cônjuge. Ao julgador cabe tomar providências para que os filhos não sejam usados para atingir os objetivos dos pais”. Silvana Maria Carbonera. *In nota de rodapé de obra citada*, p. 151.

compartilhamento. Impossibilidade. A definição da guarda não deve ter em conta a conveniência dos pais, mas o interesse da criança. A prova carreada aos autos em nada desautoriza a outorga da guarda à genitora. A adoção do sistema de guarda compartilhada só é recomendável se existir entre os genitores um relação marcada pela harmonia, onde não existam disputas nem conflitos. O equilíbrio na relação entre as partes é requisito indispensável para a concessão desse modelo de guarda, sob pena de ser, ao contrário do esperado, prejudicial ao infante. Apelação a que se nega provimento. Provimento do recurso adesivo para fixação dos honorários advocatícios em R\$3.000,00 (três mil reais)”. (TJERJ. Apelação cível - nº 2007.001.18864, Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho - julgamento: 11/09/2007 - 16ª Câmara Cível).

c) Guarda alternada ou pendular

Fica estabelecido que o filho irá conviver um determinado período com o pai e outro com a mãe. O filho, na prática, terá duas casas e dois núcleos familiares.

Antes da entrada em vigor da lei em estudo⁴³, os Tribunais já consagravam a guarda compartilhada e a alternada, não obstante alguma resistência a esta última por se entender que não seria benéfica ao interesse do filho.

A ausência de texto expresso de lei não era óbice à adoção das referidas guardas, pois, conforme é sabido, o nosso ordenamento jurídico não exige que haja previsão legal, em abstrato, do pedido, bastando que não haja a proibição do provimento desejado⁴⁴.

⁴³ Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.

⁴⁴ “A possibilidade jurídica do pedido não é simplesmente a ‘previsão, *in abstracto*, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte’, pois, com bem explica Moniz de Aragão: ‘A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável’” (Fredie Didier Jr.. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo*, p. 178. Bahia: EDIÇÕES PODIVM, 2006).

Hoje, no entanto, o codificador definiu os tipos de guarda aceitos pelo nosso ordenamento jurídico, e não contemplou a guarda unilateral. Assim, entendendo que a partir da entrada em vigor da lei só é permitida a adoção da guarda unilateral ou compartilhada (conjunta), não sendo mais possível a adoção da guarda alternada (pendular), por falta de uma das condições para o regular exercício do direito de ação, no caso, a possibilidade jurídica do pedido.

6. RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS FILHOS MENORES

Em excelente artigo, Ronaldo Alvaro Lopes Martins⁴⁵ aduz, sobre o tema, que, “como consequência do exercício do poder familiar, em razão da autoridade concedida aos pais sobre a pessoa dos filhos, têm aqueles o dever de vigiar a conduta dos menores sob sua autoridade, sendo responsabilizado por eventuais danos produzidos pelo filho contra terceiros”.

Esclarece, ainda, que o fato de os filhos estarem sob a autoridade e na companhia de um dos pais não isenta o outro de responsabilidade.

Ou seja, basta o fato de os pais exercerem autoridade (poder familiar) sobre o filho menor para que a responsabilidade de indenizar o dano por ele provocado incida sobre ambos os genitores, mesmo que estes estejam separados e um deles exerça a guarda unilateral, pois mesmo separados os pais continuam a exercer autoridade (poder familiar) sobre os filhos menores^{46/47/48}.

⁴⁵ Ronaldo Álvaro Lopes Martins, *in Revista de Direito doTJ-RJ*. Nº 65, p. 83. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2005.

⁴⁶ Art. 1.632 e 1.636, parágrafo único do Código Civil.

⁴⁷ A propósito comenta Ronaldo Álvaro Lopes Martins, *in* artigo citado, p. 97: “Por essa razão, nos parece bizantina qualquer proposta de introdução, em nosso sistema jurídico, do conceito de guarda compartilhada para que os pais possam decidir de comum acordo os interesses dos filhos, o que só se justifica naqueles sistemas em que o poder familiar é concedido em razão da guarda ou da custódia dos filhos”.

⁴⁸ Parágrafo único do art. 1.690 do Código Civil e art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesta linha de raciocínio disciplina Conrado Paulino da Rosa⁴⁹, ao aduzir que “o dever de vigilância decorre do poder familiar, cabendo aos pais a direção da criação e da educação (art. 1.634, I, do CC e previsto também no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 220)”.

Assim, vale reafirmar: *mesmo que o filho menor esteja sob a guarda de somente um dos pais* permanecem inalterados tanto o poder familiar, quanto a guarda jurídica⁵⁰. Portanto, o patrimônio de ambos os genitores, e não só do genitor guardião, deve responder pelos danos causados pelos filhos^{51/52}.

Desta maneira o autor em apreço arremata, informando que para que os pais sejam responsabilizados pelos danos causados por seus filhos menores, são necessários de apenas dois requisitos: a menoridade e o fato de os filhos estarem sob o seu poder ou autoridade⁵³.

Embora compartilhemos da posição esposada, reconhecemos que a mesma não é unânime na doutrina, em razão do preconizado pelo art. 932, I (antigo 1.521) do Código Civil⁵⁴.

A responsabilidade dos pais, segundo esta outra corrente, decorreria da vigilância que decorre da guarda (culpa *in vigilan-*

⁴⁹ Conrado Paulino da Rosa, *in* artigo citado, p. 59 e 60.

⁵⁰ Art. 1.589 do Código Civil.

⁵¹ Os arts. 1.635, 1.637 e parágrafo único e art. 1.638 do Código Civil.

⁵² Leciona Ana Florinda Dantas, *in* obra citada, p. 141, que: “A perda também é denominada na doutrina de destituição, não havendo, também, unanimidade acerca dos seus efeitos: para uns a perda é definitiva, enquanto para outros ela pode ser revertida.

Entendemos que o nosso ordenamento distingue a perda da extinção, discriminando expressamente, no art. 1.635, as hipóteses de extinção, pelo que somente as últimas são irreversíveis. A perda se distingue da suspensão não pelo fato de ser uma definitiva e a outra temporária, mas por abranger necessariamente o exercício de todos os direitos inerentes ao poder familiar, quando a suspensão pode abranger apenas parte deles. A perda também apresenta uma graduação para mais em relação à suspensão, cabendo nos casos mais graves de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Finalmente, a suspensão deve ser aplicada por prazo determinando, enquanto a perda não requer uma limitação temporal”.

⁵³ Conrado P. da Rosa, citando Mário Moacyr Porto. “Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 555, p. 14, jan. 1982, *in* artigo citado, p. 60, afirma: “O poder familiar não é fonte de responsabilidade civil, mas a ação ou omissão em relação aos deveres a ele inerentes pode ser”.

⁵⁴ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

do) e não do poder familiar, e a reparação do dano, por conseguinte, caberia aos genitores enquanto titulares da guarda.

José Antônio de Paula Santos Neto⁵⁵, citado por Silvana Maria Carbonera, esclarece que examinando o (antigo) art. 1.521, I, do Código Civil brasileiro, “[...] é de se entender que só poderão ser responsabilizados e demandados aqueles genitores que forem detentores da guarda. Nada mais natural, pois decorre da guarda o dever de vigilância do guardião em relação ao filho”.

Ressalva ainda o autor: “[...] não poderá ser responsabilizado o genitor que, embora conservando o pátrio poder, não exerça a guarda. Salvo se o menor estiver exclusivamente sob sua responsabilidade e vigilância [...]. Nesse caso, equiparar-se-á ao guardião o genitor incumbido da vigilância imediata”.

Sergio Cavaleiri Filho⁵⁶, em sua preciosa obra, afirma: “[...] Observe-se, todavia, que os pais só são responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia [...]”. Explica, por fim, que “ter o filho sob sua autoridade e em sua companhia significa tê-lo sob o mesmo teto, de modo a possibilitar o poder de direção dos pais sobre o menor e a sua eficiente vigilância”.

Aduz ainda que: “no caso de os pais estarem separados, um deles ausente ou interdito, a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce sobre ele o poder de direção”.

Esse também é o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves⁵⁷ que afirma: “[...] se sob a guarda e em companhia da mãe se encontra o filho por força de separação judicial, responde esta, e não o pai”. E traz à colação o excerto que se segue:

“Indenização. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Veículo dirigido por menor. Ilegitimidade passiva do pai que não tem poderes de vigilância sobre ele, por deferida a guarda à

⁵⁵ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 94.

⁵⁶ Sergio Cavaleiri Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 191 e 192. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁷ Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro*, v. IV, p. 104 e 105. São Paulo: Saraiva, 2007.

própria mãe. Hipótese em que não se há de falar em culpa in vigilando. Exclusão do pai. Recurso provido para esse fim”⁵⁸.

Entendo, contudo, que a presente divergência deva arrefecer, ao menos quando se tratar de guarda compartilhada, eis que esta, conforme já dito, implica, dentre outros aspectos relevantes, *a responsabilidade conjunta dos pais*⁵⁹, *não importando qual genitor irá morar com o menor.*

7. ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA

A Lei nº. 11.698, que alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não fez nenhuma alusão aos alimentos⁶⁰ devidos pelo genitor não guardião na guarda compartilhada. Não vemos, portanto, razão para qualquer discussão, até porque neste modelo de guarda, ao contrário da guarda alternada (ou pendular), o filho continuará a residir somente com um dos pais.

Dessarte, permanece a obrigação alimentar^{61/62} do genitor não guardião, do mesmo modo que se dá na guarda unilateral.

⁵⁸ RJTJSP, 54/182. No mesmo sentido: TJSP, 6ª câm., Agl 272.833-SP, Rel. Des. César de Moraes, j. 31-08-1978, v.u.

⁵⁹ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. Parágrafo 1º[...] por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

⁶⁰ Apontou a propósito Luiz Edson Fachin: “Numa das definições possíveis, alimentos são prestações para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si [...]”. “[...] Na exegese estrita da expressão “necessidades vitais”, há uma idéia inexistente do Juízo de necessidade. É vital, sim, sugerir o que nem sempre está no conteúdo dos alimentos. Não é possível viver dignamente sem a educação, mesmo que se possa sem ela subsistir. É reticente adjetivar a necessidade como sendo vital, pois há necessidades que são vitais para a sobrevivência, só que não do ponto de vista biológico, mas que devem estar contidas, o quanto possível, na prestação alimentícia. A educação, na formação e na realização do indivíduo como ser social, é fundamental, mesmo que não seja vital no sentido estrito”. Luiz Edson Fachin. *Curso de direito civil. Elementos críticos do direito de família*, coordenador Ricardo Pereira Lira, p. 268 e 269. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁶¹ Oportuno lembrar que a obrigação alimentar não é sanção aplicada ao cônjuge não guardião, e sim solidariedade humana. Neste sentido, Arnaldo Rizzardo: “Natureza da obrigação alimentar: Funda-se o dever de prestar alimentos na solidariedade humana e econômica que deve imperar entre os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico”. (Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: ...III - Mútua assistência. IV - Sustento, guarda e educação dos filhos.) *Direito de família*, p. 717. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶² A propósito, consoante lição de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes: “Partindo da hipótese de que os alimentos tenham sido fixados na sentença prolatada pelo juízo da comarca X

8. VISITAÇÃO NA GUARDA COMPARTILHADA

Aqui, também, não houve alteração alguma, embora sejamos muito questionados sobre as mudanças nas regras de alimentos e visitação na guarda compartilhada, e estas dúvidas dão-se em razão de os genitores, em sua grande maioria, confundirem guarda compartilhada com alternada, onde o filho, conforme já dito, convive um determinado período com o pai e outro com a mãe, dispensando, assim, a visitação, o que não ocorre na guarda compartilhada, onde a criança só convive com um dos genitores.

Dessa maneira, os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo acordar com o outro genitor, ou for fixado pelo juiz⁶³, *com observância ao melhor interesse e necessidade da criança e do adolescente*^{64/65/66},

e que, no momento da propositura da ação de execução da obrigação alimentar, o credor alimentando tenha mudado sua residência para outra comarca, surge o confronto entre o disposto no art. 575, II e o art. 100, II, ambos do CPC. Diante de tal conflito de normas, tem prevalecido a regra do art. 100, II, CPC. Este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção, CC, 2.933-7 - DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 28/10/92, DJU 17/12/92, p. 24.206). *In Questões importantes de processo civil. Teoria geral do processo*, p. 61 e 62. Rio de Janeiro: Editora DP & A. 1999.

⁶³ Art. 1.589 do Código Civil.

⁶⁴ Sobre o melhor interesse da criança e do adolescente, expressão oriunda do direito anglo-saxão, *best interest of the child*, a preciosa lição de Ana Florinda Dantas, *in* obra citada, p. 127, 128 e 129: “Como ao interesse do menor podem ser atribuídos os mais diversos conteúdos, ele pode ora ser identificado com a possibilidade de uma melhor posição social, ora com o acesso a maior conforto material, e nem sempre são privilegiados os laços de natureza afetiva, além de não serem considerados também os interesses dos pais. É preciso ver ainda que, se considerarmos o interesse do menor sem levarmos em conta o interesse dos pais, podemos estar consagrando o individualismo exacerbado dos filhos nas relações familiares, quando a cooperação e a solidariedade são valores hoje mais exaltados nas relações familiares”.

Arremata dizendo: “Dentro desse contexto, embora entendamos que o melhor interesse do filho continue a ser um critério prioritário a ser levado em conta nas decisões judiciais acerca do poder familiar, também os interesse dos pais devem ser considerados, não em confronto com os interesses do filho, mas como interesse da família como grupo social, que é a base da sociedade por definição constitucional, na qual devem prevalecer as relações de cooperação, afeto e solidariedade, criando condições propícias para o desenvolvimento da sua pessoa”. No mesmo sentido, Gisele Groeninga, citada por Ana Florinda Dantas, sustenta: “o conceito do melhor interesse da criança tem a sua força e a sua fraqueza justamente na falta de conteúdo preciso, que permite ao Direito de Família adaptar-se para responder melhor às mudanças sociais, tomando emprestado das ideologias prevalentes a definição do que é o melhor para criança, e como devem ser os bons pais, devendo atentar-se para o fato de que o melhor interesse do filho não pode ser conflitante com o interesse de todos

que será alcançado por meio de uma abordagem interdisciplinar, com o auxílio da psicologia e do serviço social, dentre outros.

O ideal, no entanto, é que os genitores exerçam as suas autonomias na regulação de suas relações de intimidade e estabeleçam, de forma consensual, a guarda e a visitação de seus filhos, evitando, assim, a invasão do Estado no espaço privado familiar, o que é sempre ruim, pois a decisão, em regra, desagrada aos dois.

Cabe ressaltar que o art. 1.589 do Código Civil concede ao pai ou mãe em cuja guarda não estejam os filhos o direito de visitá-los e tê-los em sua companhia, tanto na guarda unilateral quanto na guarda compartilhada.

O parágrafo 3º do art. 1.583 do Código Civil, que revogou a parte final do art. 1.589 do estatuto em comento, tornando obrigatória a supervisão dos interesses dos filhos, só se aplica, por sua vez, na guarda unilateral.

A visitação poderá ser livre, vale dizer, sem regras, onde não são estipulados nem dias e nem horários para os encontros do visitador. Ou mínima, que consiste em visitas em finais de semana alternados⁶⁷.

os demais indivíduos que compõem a família”. Giselle Groeninga. “Do interesse à criança ao melhor interesse da criança - contribuições da mediação interdisciplinar”, in *Revista do Advogado*, nº 62/março 2001, p. 72 - 83.

⁶⁵ Ainda sobre o tema, Ronaldo Álvaro Lopes Martins: “É bem verdade que a noção do que seja “interesses das crianças” é conceito indeterminado, mas podemos dizer que há consenso mundial em torno de alguns aspectos, como está na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, publicado no DOU de 22.11.90, Seção I, p. 22.256. No documento citado, levou-se em consideração “que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais...”, foi reconhecido “...que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”. Foi também tomado em conta que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”. Ronaldo Álvaro Lopes Martins. Artigo citado, p. 87.

⁶⁶ O codificador, nos incisos I, II e III do parágrafo 2º do art. 1.583 do Código Civil, elenca alguns aspectos como paradigmas para se alcançarem os melhores interesses da criança e do adolescente. O julgador certamente poderá apreciar outros fatores e condições, pois cada caso é um caso, e não existe fórmula pronta em direito de família.

⁶⁷ Flávio Guimarães Lauria. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*, p. 84 - 85. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

Sabemos que o relacionamento da criança com ambos os pais é de fundamental importância para o seu pleno desenvolvimento; a visita está a serviço deste desenvolvimento sadio da personalidade da criança, e o seu descumprimento poderá causar danos na esfera psicológica (danos psíquicos), pois são inúmeros os estudos sobre a ausência paterna e materna.

A ausência da função paterna é um fenômeno social alarmante, que tem gerado, inclusive, o aumento da delinquência juvenil. E, nas mulheres, a ausência paterna pode proporcionar complicações na aquisição de feminilidade, dificultando, assim, a identificação feminina positiva nas meninas⁶⁸.

Muitos desses casos, dentre outros, oriundos dos abusos emocionais, poderiam ser evitados se estivéssemos acostumados com a prevenção, conforme ocorre na área da saúde (medicina preventiva), se nos fosse possível uma estrutura em que psicólogos e assistentes sociais atuassem como agentes de prevenção, orientando e ensinando aos pais que o fim da conjugalidade (ou união) não é o fim da parentalidade.

9. DO DIREITO DE FIXAR A RESIDÊNCIA DOS FILHOS NA GUARDA COMPARTILHADA

O já citado magistrado fluminense Ronaldo Álvaro Lopes Martins⁶⁹, em seu excelente artigo escrito no ano de 2005, entende, de acordo com a nota de rodapé de nº. 42, que seria bizantina qualquer proposta de introdução, em nosso ordenamento jurídico, do conceito de guarda compartilhada para que os pais possam decidir de comum acordo os interesses dos filhos.

Justifica - e fundamenta - o seu posicionamento aduzindo que o instituto da guarda compartilhada só faz sentido em outros países nos quais se discute a quem caberá o exercício da autoridade parental, que corresponderia ao nosso poder familiar, em caso de separação⁷⁰.

⁶⁸ Flávio Guimarães Lauria, citando Sérgio Eduardo Nick, *in* obra citada, p. 152.

⁶⁹ Ronaldo Álvaro Lopes Martins, *in* artigo citado, p. 96 - 97.

⁷⁰ Ronaldo Lopes Martins, exemplifica com o art. 1.906 do Código Civil Português que, “a ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder parental seja exercido pelo progenitor a quem o filho for confiado”. *In* artigo citado, p. 96.

Acrescenta dizendo que em nossa legislação, mesmo separados, os pais continuam a exercer autoridade sobre os filhos menores, ao contrário de outras legislações em que o poder familiar pertence àquele a quem for confiada a guarda ou custódia do filho.

Oportuno, em razão da eloquência, descrever parte de seu pensamento:

“Durante o casamento a guarda dos filhos não é compartilhada, mas comum a ambos os cônjuges, e essa circunstância deve continuar existindo com a separação do casal, esteja o filho residindo com qualquer um deles, porque a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (art. 1.632 C.C.).

Se vivendo filhos e pais sob o mesmo teto a guarda é comum, e as decisões a respeito dos filhos são tomadas de comum acordo, para que assim continue a guarda a ser exercida depois de separados, não se torna necessário dizer que a guarda será compartilhada, conjunta, alternada, dividida ou adjetivada por outros qualificativos.

O grande equívoco, a nosso ver, é apenas dizer-se que a guarda será exercida por um dos pais”⁷¹.

Em síntese, o referido autor aponta uma diferença entre ter a companhia do filho e ter a guarda deste. A separação do casal, segundo ele, apenas altera as oportunidades para que um dos genitores tenha a companhia dos filhos, por estarem residindo em imóveis distintos, mas não tem efeito quanto ao exercício da guarda, aspecto inerente ao poder familiar que não sofre restrições a não ser quanto às oportunidades de estarem juntos, pais e filhos. Ou seja, a guarda dos filhos de pais separados sempre pertencerá a ambos os genitores⁷².

⁷¹ Ronaldo Lopes Martins. In artigo citado, p. 97.

⁷² Ronaldo Lopes Martins. In artigo citado, p. 98 e 99.

Assim, em que pese o pensamento esposado, que é lastreado pelo parágrafo único do art. 1.631, art. 1.632 e parágrafo único do art. 1.690, todos do Código Civil, e art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o fato é que o legislador, conforme já dito, não foi claro quanto aos limites de atuação do genitor não guardião. A ele restaria o direito de visitar, ter a companhia e, agora, a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos, conforme dicção do parágrafo 3º do art. 1.583 e art. 1.589, ambos do Código Civil, embora, de fato, lhe seja sempre facultado o direito de recorrer ao Judiciário quando entender necessário questionar a forma da condução do cuidado e da educação dirigidos ao filho por parte do genitor guardião.

O parágrafo 3º do art. 1.583 e o art. 1.589, ambos do Código Civil, indicam que haveria na guarda unilateral uma desigualdade, pelo menos em alguns aspectos, dos poderes descritos no art. 1.634 do Código Civil entre o pai e a mãe em cuja guarda não estejam os filhos, ou seja, o genitor não guardião suportaria uma redução nas atribuições que originariamente tinha quando do exercício conjunto da guarda.

E isto porque, a nosso sentir, o legislador assim o quis, ao dizer que cabe ao genitor não guardião o direito de visitar os filhos e tê-los em sua companhia, bem como a obrigação de supervisionar os seus interesses (parágrafo 3º do art. 1.583 e art. 1.589, ambos do Código Civil).

Entendemos que, a quem cabe o dever de fiscalizar ou supervisionar (genitor não guardião) não cabe o dever de realizar, praticar, executar. Portanto, o dever de executar, praticar, realizar, ou seja, o de exercer *todos* os poderes decorrentes do poder familiar caberia ao genitor guardião, por expressa determinação legal.

Oportuno, neste sentido, a digressão que se segue:

“Após a redistribuição de papéis operada pela guarda, incumbe ao genitor guardião dar continuidade a todas as atribuições da autoridade parental, uma vez que, a seu respeito, pouco foi alterado. Quanto ao genitor não guardião, ocorre uma redução significativa nas atribuições que origi-

nariamente tinha quando do exercício conjunto da mesma. Entretanto, determinados aspectos da autoridade parental não sofrem qualquer alteração diante da atribuição exclusiva da guarda, emancipação e da adoção. São situações cujo resultado afetam-na diretamente, provocando sua extinção, razão pela qual seu exercício é sempre conjunto. Quanto aos demais poderes, o exercício conjunto da autoridade parental persiste, mas os poderes que passarão a deter cada um dos genitores são desiguais. Enquanto o genitor que detém a guarda mantém o filho junto de si, para educá-lo, mantê-lo e protegê-lo, o genitor não guardião tem os direitos de visita, de fiscalização e de companhia, perfeitamente assegurados pelo texto legal”⁷³.

E, segundo Orlando Gomes⁷⁴, conforme já dito em página anterior, decorre do direito de ter o filho consigo o direito de fixar seu domicílio e residência, de forma que seja possível organizar a vida comum que se desenvolverá entre ambos. Contudo, não tem tal direito caráter absoluto, posto que está condicionado ao interesse maior do filho.

Podemos concluir que na guarda unilateral, e somente nesta, por força de dispositivo de lei (parágrafo 3º do art. 1.583 do Código Civil), há uma desigualdade dos poderes entre o genitor guardião e o não guardião.

Em suma, na guarda unilateral caberá ao genitor guardião a escolha do domicílio dos filhos, desde que resguardados os superiores interesses destes e que aquele não se oriente por motivações mesquinhas, com o manifesto propósito de afastar a presença do genitor não guardião, sob pena de incorrer tal hipótese em abuso de direito⁷⁵.

No sentido do exposto, o excerto que se segue:

“Guarda de filho. Casal separado. Filho na companhia da mãe. Direito de visitas do pai. Mudança de domicílio da mãe

⁷³ Silvana Maria Carbonera, citando Eduardo de Oliveira Leite. *In obra citada*, p. 85.

⁷⁴ Orlando Gomes. *Obra citada*, p. 395.

⁷⁵ Art. 187 do Código Civil.

para o exterior. Irrelevância. Embora para o exterior, a mudança de domicílio da mulher separada, ou divorciada, que tenha a guarda do filho, não constitui impedimento juridicamente considerável ao exercício do direito (rectius, dever) paterno de visitas, e, por conseguinte, a menos que importe reflexos nocivos à guarda, não é razão para modificá-la". (Revista de Jurisprudência do TJ do RS, 143/224)

"Família. Suprimento judicial onde a autora requer autorização para viajar com as filhas, sendo uma delas menor, para morar na França enquanto durar seu curso de especialização em psiquiatria. Ocorre que o pai das meninas não aceita tal mudança, ainda que seja a mãe quem detém a guarda das filhas". "[...] Não estamos insensíveis para a perplexidade que pode gerar na pessoa do pai o fato de se impor, por razões relevantes, o afastamento dos filhos. Todavia, essa circunstância constitui um desdobramento possível e que precisa ser enfrentado com ponderação diante da realidade que a separação impõe aos casais. Dentro da liberdade que se confere ao Juiz para investigar os fatos e não estando ele desobrigado de observar o critério de legalidade estrita, conforme preceituado no art. 1.109 do CPC, entendemos que no caso em tela existe um aspecto de suma relevância a sinalizar para a concessão da providência judicial pleiteada. É que o pai da menor Carolina, ao oferecer resistência à pretensão inicial, não apresentou qualquer queixa contra a ex-esposa no que tange ao seu convívio com as filhas e, também, quanto à necessidade de extinguir-se a guarda da menor. É intuitivo, pois, que o convívio da mãe com as filhas é bom e produtor, sendo certo que a necessidade de viagem para o exterior implicaria em uma intolerável cisão do relacionamento entre as irmãs. Apelo improvido". (TJERJ. Apelação cível - nº 2005.001.50726, Des. Celso Ferreira Filho - julgamento: 15/02/2006 - 15ª Câmara Cível).

Tal fato, entretanto, não poderá ocorrer na guarda compartilhada, em que não há a igualdade de poderes entre pai e mãe que não vivam sob o mesmo teto, ou seja, o genitor não guardião

não fica circunscrito à obrigação de supervisionar os interesses do filho. Nesta hipótese, ocorre um prolongamento do exercício conjunto da autoridade parental, ao contrário da atribuição exclusiva verificada na guarda unilateral⁷⁶.

Oportuna a digressão que se segue:

“Guarda. Visitação. Modificação. Mudança de residência para outro estado. A Agravante pretende rever a decisão pela qual a juíza a quo, usando do seu poder de cautela, que, aliás, se acentua muito na área de família, mormente quando envolve interesse de menores, ao contrário, manteve as crianças com o pai e deferiu à mãe um regime de visitação semanal, nos finais de semana. Desta decisão é que veio este agravo. A agravante tem todo o direito de procurar novas oportunidades de emprego, mas ao fazê-lo deveria atentar para o fato de que tem dois filhos menores, está separada, ajustou a guarda compartilhada e que não tem um direito maior do que o do pai das crianças em tê-los consigo. Agravado e Agravante têm idênticos direitos e obrigações em relação aos filhos. A Lei não privilegia um em detrimento do outro. Por isso parte-se para o que é melhor para as crianças. Esta a visão moderna do direito de família quando se discute posse e guarda de filhos. No caso concreto, o pouco que se apresenta até o momento deixa para esta relatoria a certeza da sensatez da decisão agravada. Não há nenhum relato sério desabonador da conduta paterna. Ao contrário, há elementos que indicam ser ele um pai cuidadoso, sempre presente na vida dos filhos, ao contrário da mãe. [...]” “[...] o laudo provisório da perita psicóloga sugere a manutenção do convívio dos filhos com a mãe, que por óbvio não está impedida de tê-los e de vê-los, mas indica o preparo dos menores para que sejam transferidos para São Paulo, se esta for a decisão judicial. Desta forma, se conclui que é possível, mas não se sabe, se estariam bem com a mãe em São

⁷⁶ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 150.

Paulo. Portanto, neste momento, considerando o princípio do melhor interesse das crianças e, certo do que o convívio materno não restará obstaculizado, é que se impõe a manutenção da decisão agravada. Recurso desprovido nos termos do voto do Desembargador Relator". G.N. (TJERJ. Agravo de instrumento nº. 2008.002.05052, Des. Ricardo Rodrigues Cardozo - Julgamento: 24/04/2008 - 15ª Câmara Cível).

Conclui-se, desta maneira, que na guarda compartilhada a escolha do domicílio, bem como de médicos, religião, colégios e outras decisões importantes para o filho não depende da vontade exclusiva do genitor guardião; também é necessária a participação do genitor não guardião.

10. DAS SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS PACTUADAS NA GUARDA COMPARTILHADA

O parágrafo 1º do Art. 1.584 do Código Civil informa que o juiz poderá aplicar sanções pelo *descumprimento* de cláusulas pactuadas na guarda compartilhada. E o parágrafo 4º do mesmo artigo acrescenta, por sua vez, que a alteração não autorizada ou o descumprimento *imotivado* de cláusula de guarda, *unilateral* ou *compartilhada*, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

O que se depreende, portanto, é que o descumprimento das cláusulas pactuadas na guarda compartilhada (parágrafo 1º do art. 1.584 do CC) terá que ser, evidentemente, imotivado para gerar sanções, conforme preceitua o parágrafo 4º do art. 1.584 do CC.

Extrai-se, ainda, que o codificador *exemplifica*, no parágrafo 4º do art. 1.584 do CC, o tipo de sanção que poderá ser aplicada ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo 1º do mesmo artigo. Não está o julgador, portanto, adstrito a esta modalidade de punição trazida pelo legislador, pensamento que vale para o caso de descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada.

De modo que, havendo descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá o juiz aplicar,

além da sanção indicada no parágrafo 4º do art. 1.584 do Código Civil (a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor), outras modalidades que tenham como objetivo dar efetividade as decisões judiciais, que é questão de ordem pública, sempre salvaguardando os melhores interesses da criança.

Neste contexto, o juiz poderá determinar, como forma de sanção, a busca e apreensão, inversão de guarda, suspensão e destituição do poder familiar e multa cominatória - *astreintes*.

No que atine a busca e apreensão, importante lembrar que todos os esforços devem ser envidados para procurar resguardar o filho desta medida extrema, pois os prejuízos psíquicos dela advindos podem se mostrar superiores ao bem que se pretende proteger⁷⁷.

Ignorar essas advertências implica em negar vigência ao art. 227 da Constituição da República⁷⁸ e ao art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁹.

Já no que diz respeito ao preceito cominatório de obrigação de fazer, como instrumento de efetividade do processo, vejo como medida adequada e idônea, uma vez que dirigida à parte recalcitrante em cumprir determinada ordem judicial, desde que não se transforme em mecanismo de enriquecimento.

Bastante oportuna a transcrição feita por Flávio Guimarães Lauria⁸⁰ da lição de Piero Perlingieri:

“Os interesses e os valores que emergem das normas constitucionais são, de um ponto de vista substancial, jurídica-

⁷⁷ Flávio Guimarães Lauria, *in* obra citada, p.100 - 101.

⁷⁸ Gustavo Binenbojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 61 - 66 e 67. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006: Com a *constitucionalização do direito*, a Constituição, agora preocupada com os direitos humanos e com a efetivação das promessas do texto magno, deixa de ser uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas e passa a incorporar de fato ao dia a dia dos tribunais, sendo invocada com grande frequência pelas partes e aplicada diretamente pelos juizes de todas as instâncias na resolução de litígios públicos e privados.

⁷⁹ Art. 18 do ECA: É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

⁸⁰ Flávio Guimarães Lauria, *in* obra citada, p.134.

mente relevantes. É necessário verificar se o aparato, mesmo processual, é adequado a esta escolha. Das duas, uma: ou se tenta individualar, no âmbito do sistema, técnicas que, apesar de terem surgido por razões diversas, sejam idôneas para a tutela destes valores, ou se deve afirmar com decisão que o sistema processual não é legítimo constitucionalmente, porque não consegue tutelar interesses primários, constitucionalmente relevantes”⁸¹.

11. COMPETÊNCIA PARA AS AÇÕES DE GUARDA COMPARTILHADA

Em primeiro lugar, para definir-se a competência do órgão jurisdicional para apreciar o pedido de guarda, impõe-se analisar o fundamento da pretensão. Se a *causa petendi* disser respeito a qualquer das hipóteses do art. 98 do ECA, a competência material será do Juízo da Infância e da Juventude. Do contrário, não se embasando o pedido de guarda naquelas hipóteses, a competência será do Juízo da Vara de Família, nos termos do art. 85 do CODJERJ⁸².

Por fim, quanto à competência territorial do Juízo da Vara de Família, aplica-se o art. 147, I da Lei 8.069/90, consoante o julgado do STJ que se segue:

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AÇÕES DE REVISÃO DE ACORDO JUDICIAL DE SEPARAÇÃO DO CASAL E DE GUARDA DA FILHA. CONEXÃO. PREVENÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. PLURALIDADE DE DOMICÍLIOS. INEXISTÊNCIA. LOCAL ONDE REGULARMENTE EXERCE. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA MENOR. LEI N.º. 8.069/1990, ART. 147. PRECEDENTE.

I. A guarda, ainda que compartilhada, não induz à existência de mais de um domicílio acaso os pais residam em localidades diferentes, devendo ser observada a prevenção do Juízo que homologou a separação do casal, mediante acordo.

II. Preserva os interesses do menor o foro do local onde exercia regularmente a guarda para dirimir os litígios dela

⁸¹ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, p. 156-157.

⁸² Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, *in obra citada*, p. 78.

decorrentes (Lei nº. 8.069/90, art. 147, I). Precedente.
III. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da 11ª Vara de Família e Registro Civil de Recife, PE”.
(STJ - Conflito de Competência - CC 40719/PE (2003/0201570-9) - Min. Aldir Passarinho Júnior - S2 - SEGUNDA SEÇÃO, data da publicação: DJ 06/06/2005, p.176).

12. CONCLUSÃO

Em considerações finais, podemos dizer que a guarda compartilhada é um instituto cujo regramento legal é recente e, por isso, ainda demandará a definição de seus contornos e pressupostos à reflexão doutrinária e, principalmente, jurisprudencial.

Neste contexto, pretendemos ter dado uma contribuição a este objetivo, trazendo temas que são objeto de questionamentos em nossa rotina de trabalho nos Juízos de família. ☐

O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro

Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Professor de Direito Administrativo da EMERJ, bem como dos cursos de Pós-graduação da FGV e da Universidade Candido Mendes.

1. PLANO DE TRABALHO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno da recepção do modelo norte-americano de agências reguladoras pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹

Segundo demonstra a professora Ana Lucia de Lyra Tavares, da disciplina “Recepção de Direitos e Circulação de Modelos Jurídicos”, a *recepção de direitos* pode ser compreendida como “a introdução, em um determinado sistema jurídico, de regras, noções ou institutos pertencentes a um outro sistema.”² Tal fenômeno compreende um movimento de direção única do

¹ Não se pode olvidar a importância também da influência européia, especialmente de matriz francesa, na feição das agências reguladoras brasileiras. A denominação das agências na França (*autorités administratives indépendantes*), por exemplo, foi consagrada no art. 9º da Lei nº 9.472/97 ao dispor que a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL - atuará como “autoridade administrativa independente”.

² TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. “O estudo das recepções de direito”. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Haroldo Valladão*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 46-47. A ilustre professora demonstra que a expressão “recepção de direitos” não é aceita de forma tranquila por toda a doutrina, preferindo alguns autores a utilização de expressões como “transplantes jurídicos”, “migrações jurídicas” ou “importação de direitos”.

sistema jurídico exportador para o receptor, não se confundindo com a denominada “circulação de modelos jurídicos” que pressupõe um retorno do instituto ao sistema originário, mas com elementos novos.³

O Direito Administrativo brasileiro, não obstante a sua origem romano-germânica, buscou nos Estados Unidos, país integrante da família da *commom law*, o modelo de regulação estatal.⁴ Em verdade, a importação de modelos jurídicos americanos não é exclusividade brasileira, mas uma tendência, boa ou ruim, acentuada em tempos de globalização.⁵ Papachristos, ao tratar da recepção, sob o enfoque da sociologia jurídica, afirma que, geralmente, um país economicamente desenvolvido é utilizado como modelo para os países menos desenvolvidos que procuram recepcionar diversos institutos jurídicos.⁶ Esta circunstância denota a necessidade de aclimação das agências reguladoras ao sistema jurídico brasileiro.

A análise da introdução das agências reguladoras norte-americanas no ordenamento jurídico pátrio, assim como ocorre com a recepção de qualquer modelo estrangeiro, depende da compreensão do sistema jurídico “exportador” e “receptor”, bem como das circunstâncias sociais, políticas e jurídicas vigentes no momento da recepção.

³ TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. “Notas sobre as dimensões do Direito Constitucional comparado”. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RJ, nº 14, 1999, p. 94.

⁴ René David agrupa os direitos, segundo critérios didáticos, em três grandes “famílias”: romano-germânica, *common law* e direitos socialistas. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 2a edição, Lisboa: Meridiano, 1978, p. 44 e segs.

⁵ Segundo Mathias Reimann, o direito positivo europeu, especialmente após a Segunda Guerra mundial, vem passando por um processo de “americanização”: “*Depuis la Seconde Guerre mondiale, le droit américain a fourni à l’Europe un modèle tout prêt dans de nombreux domaines du droit.*” REIMANN, Mathias. “*Droit positif et culture juridique. L’américanisation du droit européen par réception*”. In: *Archives de philosophie du droit. L’américanisation du droit*. Tome 45, Paris: Dalloz, 2001, p. 65.

⁶ Ao tratar da “importação de direitos estrangeiros contemporâneos”, Papachristos destaca o desenvolvimento econômico do país exportador como importante fator da recepção: “*Néanmoins, l’idée même du développement économique exerce une influence favorable à la décision de la réception du droit étranger.*” PAPACHRISTOS, A. C. *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 52.

Serão observados os seguintes passos neste trabalho:

- 1º) análise das características e da evolução das agências reguladoras nos EUA;
- 2º) abordagem do quadro jurídico-político receptor (Brasil);
- 3º) apontamentos sobre algumas polêmicas em relação à adequação das características das agências e o modelo constitucional brasileiro.

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS EUA

O sistema da *common law*, em razão das suas características inerentes, sempre constituiu um obstáculo ao desenvolvimento do Direito Administrativo como ramo jurídico autônomo.⁷ Dentre outros fatores, a idéia da *judicial supremacy*, que atribui ao Judiciário o poder de controle sobre qualquer ato do Poder Público, inexistindo uma jurisdição administrativa especializada nos moldes franceses, consubstanciava o principal responsável pelo reconhecimento tardio da autonomia do Direito Administrativo.⁸

As revoluções liberais do século XVIII refletiram de forma diversa na França e nos Estados Unidos. Enquanto a Revolução Francesa de 1789, marcada por uma profunda desconfiança em relação aos juizes, gerou a criação da justiça especializada para a Administração Pública, os revolucionários americanos, desconfiados do Executivo, atribuíram maiores poderes ao Judiciário e ao Legislativo.⁹

⁷ Nesse sentido: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo comparado*, São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1972, p. 92.

⁸ Na lição de Caio Tácito: “Sabidamente, foi tardia a acolhida, no direito anglo-saxão, da autonomia do Direito Administrativo. Identificando a disciplina com o regime francês de dupla jurisdição - que interditava aos tribunais comuns o controle da Administração - os autores ingleses, com Dicey à frente, repudiavam o *droit administratif* (expressão que até mesmo se escusavam de traduzir) por incompatível como princípio da supremacia do Judiciário, que era um dos pilares da *rule of law*, em que repousava, na *common law*, o sentido da Constituição e do Estado de Direito.” TÁCITO, Caio. “Presença norte-americana no Direito Administrativo brasileiro”. In: *Temas de Direito Público*, 1º volume, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.15.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 34.

Em verdade, o Direito Administrativo norte-americano não pode ser considerado, ao contrário do francês, como um Direito Administrativo revolucionário. O surgimento deste ramo do direito nos Estados Unidos ocorre em virtude da necessidade de atuação crescente do Estado na área social e econômica, notadamente através das agências. Costuma-se dizer, por isso, que o direito administrativo norte-americano é basicamente o “direito das agências”.¹⁰

A organização administrativa americana se resume às agências.¹¹ Este modelo organizativo, adotado de forma pioneira¹² nos Estados Unidos desde 1887,¹³ foi adotado recentemente em alguns países da tradição francesa do Direito Administrativo (v.g: França, Espanha, Argentina).¹⁴

Na precisa lição de Cass Sustein, a “agência reguladora moderna”, notadamente após o *New Deal*, “foi o resultado em larga medida da profunda insatisfação com a ordem privada do sistema da *common law* e a distribuição original dos poderes institucionais”.¹⁵

¹⁰ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, p. 196.

¹¹ Inicialmente, a organização administrativa nos Estados Unidos era tema estudado na ciência política, sendo considerado estranho ao direito. RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39.

¹² Apesar da certidão de nascimento ser americana, não se pode desconhecer que os Estados Unidos sofreram forte influência da organização policêntrica inglesa. Nesse sentido: ARA-GÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226, nota 18.

¹³ A primeira agência reguladora independente nos Estados Unidos foi a *Interstate Commerce Commission* (1887) que tinha por objeto a regulamentação, inicialmente, dos serviços interestaduais de transporte ferroviário. Ela acabou em 1995 quando foi substituída pela *Surface Transportation Board* (STB), criada pelo *Interstate Commerce Commission Termination Act*.

¹⁴ A formação histórica das agências nos EUA difere daquelas da Europa Continental e da América Latina. Enquanto nos E.U.A., a adoção do modelo de agências reguladoras independentes foi justificada pelo crescimento da regulação estatal e da produção legislativa, na Europa Continental e na América Latina as agências foram criadas para a regulação das atividades desestatizadas.

¹⁵ SUSTEIN, Cass R. “O constitucionalismo após o *New Deal*”. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 143.

De um lado, as críticas centradas no caráter antidemocrático (contramajoritário) de criação do direito pelos juizes, questão especialmente importante no sistema da *common law*, em que existe a força do precedente judicial, ganham força durante a chamada *Lochner era*,¹⁶ período da história legal americana (1890 a 1937) em que a Suprema Corte, em nome dos ideais liberais do *laissez-faire*, invalidou diversas tentativas de regulação estatal da economia.

De outro lado, a Grande Depressão, iniciada em 1929 e que tem com uma das causas a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, causa profunda crise na economia americana e coloca em cheque os ideais liberais do não intervencionismo estatal. Evidencia-se, naquele momento, a incapacidade do mercado se reerguer sozinho e a necessidade de uma regulação estatal.

Nesse quadro, Franklin D. Roosevelt implementou uma série de programas estatais de caráter intervencionista (*New Deal*). É justamente nesse período que as agências reguladoras ganham força e se proliferam nos Estados Unidos.¹⁷

O Estado utilizou-se do modelo das agências reguladoras para promover uma forte intervenção enérgica na ordem econômica e social, corrigindo as falhas do mercado. Buscava-se, com este modelo, especializar a atuação estatal (reconhecia-se ampla discricionariedade técnica e o controle judicial sobre os atos das agências era restrito) e neutralizar (ou amenizar) a influência política na regulação de setores sensíveis (através, v.g., da previsão de estabilidade aos dirigentes).

Em 1946 é promulgada a Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act - APA*), responsável pela unifor-

¹⁶ A nomenclatura advém do julgamento do caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), quando a Suprema Corte invalidou uma lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, pois ela violava a liberdade contratual implícita na cláusula do devido processo legal da 14ª. Emenda. Outras decisões posteriores da Suprema Corte também invalidaram as tentativas de interferência estatal na economia, v.g.: *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922).

¹⁷ Dentre as diversas agências criadas durante o *New Deal*, destacam-se: Securities and Exchange Commission (1934), Social Security Administration (1935); Federal Power Commission (1935); Federal Communication Commission (1936); Soil Conservation Service (1938); etc.

mização do procedimento decisório, estabelecendo dois tipos de procedimentos: *rulemaking* (normas gerais baixadas pelas agências) e *adjudication* (atos individuais). Isso conferiu maior garantia aos cidadãos, uma vez que os atos das agências poderiam ser considerados ilegais pelos tribunais, caso desobedecida a Lei de Procedimento.

A importância das agências reguladoras pode ser caracterizada tradicionalmente pelo elevado grau de independência em relação ao Executivo e aos demais Poderes. Nelas se concentravam competências típicas dos três poderes institucionalmente constituídos: administrativas (função de administrar interesses), “quase-judiciais” (resolução de conflitos de interesses entre os entes regulados) e “quase legislativas” (poder para editar normas gerais).

Em que pese a indiscutível importância das agências reguladoras naquele país, ultrapassado o momento crítico que deu origem ao *New Deal*, cresceram as críticas ao modelo de administração por agências independentes. Parcela significativa dessas críticas era proveniente da “teoria da captura”, que apontava para o risco de que a regulação fosse capturada pelos entes regulados para satisfazerem apenas os seus interesses privados. Outras críticas foram elaboradas pela teoria econômica da regulação da Escola de Chicago, proposta por George Stigler¹⁸, desenvolvida na década de 70, que também apontava para o risco de que a regulação econômica servisse para a satisfação dos interesses privados dos grupos politicamente influentes.¹⁹

Da mesma maneira, surgem críticas, já na década de 40, em relação ao enquadramento das agências no modelo tradicional de separação tripartida de funções estatais e no que tange à ausência de responsabilidade eleitoral dos atores das agências.²⁰

¹⁸ Cf. STIGLER, George J., “A teoria da regulação”. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 23-48

¹⁹ Para uma análise das teorias da regulação econômica (teoria do interesse público, da captura e econômica), vide: POSNER, Richard A. “Teorias da regulação econômica”. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 49-80.

²⁰ SUSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 151.

Na década de 70 inicia-se nos Estados Unidos um amplo processo de desregulação da economia (*deregulation*), em que o Poder Público diminui as restrições impostas a diversos setores econômicos e as agências reguladoras reduzem a intervenção sobre os entes privados.²¹

A desconfiança em relação ao modelo regulatório tem como consequência a ampliação do controle exercido pelos poderes constituídos em relação aos atos das agências.

O controle judicial é ampliado através da *hard-look doctrine*²² que permite ao Judiciário avaliar a legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias.²³ Desta forma, além do exame da legalidade do procedimento adotado, o Judiciário poderia verificar a razoabilidade das decisões das agências.

Quanto ao controle presidencial dos atos das agências, este é intensificado através da atuação do Escritório de Orçamento e Execução (*Office of Management and Budget - OMB*), encarregado de supervisionar as propostas orçamentárias das agências, e do Escritório de Informação e Regulação (*Office of Information and Regulation Affairs - OIRA*), vinculado ao OMB e responsável pela conformidade da atuação das agências com a política traçada pelo Presidente.

Diversas Ordens Executivas foram editadas com o intuito de restringir a autonomia das agências, destacando-se: a) *Executive Orders* nº 12.291 e 12.498, emitidas pelo presidente Reagan: submeteram os atos das agências à prévia aprovação do OMB, diretamente vinculado ao presidente; e b) *Executive Order* nº 12.886/93 (*Regulatory Planning and Review*), emitida pelo presidente Bill

²¹ Podem ser citados, como exemplos da desregulação, os seguintes atos: *Airline Deregulation Act - ADA* (24 de outubro de 1978), *Staggers Rail Act* (14 de outubro de 1980) e o *Motor Carrier Act* (1º de julho de 1980).

²² Sobre o controle judicial dos atos das agências reguladoras e a aplicação da “*harder-look review*”, vide: EDLEY, Christopher F. *Administrative Law: rethinking judicial control of bureaucracy*, Yale University Press, 1990.

²³ No julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), a Suprema Corte havia estabelecido a doutrina da “deferência administrativa”, segundo a qual o Judiciário deveria deixar de invalidar atos das agências quando se tratasse de caso ambíguo (controvertido) e a decisão administrativa tivesse se pautado pela razoabilidade.

Clinton: necessidade de comunicação prévia dos procedimentos regulatórios ao órgão central do Governo (*Regulatory Working Group*).

Por fim, o controle parlamentar foi fortalecido com a necessidade de aprovação pelo Congresso, a partir de 1993, dos projetos e atividades das agências. Os regulamentos se submetiam ao controle prévio (*rules review*) - necessidade de exame do projeto antes de iniciar o procedimento regulatório - e posterior (*legislative veto*).²⁴

Tendo em vista os males da “ossificação” do procedimento regulatório, foi promulgada a Lei sobre Negociação de Regulamentos (*Negotiated Rulemaking Act*) em 1990, permitindo que os próprios titulares de interesses afetados pelo regulamento participem de sua elaboração.

3. QUADRO POLÍTICO-JURÍDICO BRASILEIRO: CONDIÇÕES FAVORÁVEIS À “AGENCIFICAÇÃO” DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A década de 90 no Brasil, período em que as agências foram criadas sob a inspiração norte-americana, apresentava as condições sociais, política e jurídicas adequadas para o começo de uma nova era na regulação estatal.

Do ponto de vista político, o quadro era propício em virtude das ideias liberalizantes da economia adotadas e implementadas pelo Governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso. A insatisfação social com a forma ineficiente de atuação do Estado (intervencionista) que não conseguia, dentre outras coisas, reduzir as desigualdades sociais nem diminuir a crise econômica (inflação, etc.), fortalecem os ideais de liberalização da economia. Pretendia-se, destarte, remodelar a feição do Estado, diminuindo-se o seu tamanho com a transferência de inúmeras atividades ao mercado, mas sem que isso significasse um retorno ao modelo clássico do Estado Liberal, pois, agora, o Estado passaria a exercer o seu papel regulador através das agências.

²⁴ o “veto legislativo” é instituído em 1996 através do *Congressional Review Act* - CRA. Uma resolução conjunta das duas Casas, aprovada por maioria simples e seguida da sanção presidencial, poderia sustar uma norma regulatória editada pela agência.

Em consequência, como forma de preparação do terreno jurídico para a criação de uma nova forma de regulação estatal, são implementadas diversas modificações na Constituição de 1988 e editadas leis que modificam a feição da ordem econômica brasileira. As alterações legislativas com o intuito de liberalizar a economia podem ser assim resumidas:²⁵

a) abertura ao capital estrangeiro na Constituição de 1988 (CRFB):

a.1) Emenda Constitucional nº 06/95: i) suprimiu o art. 171 da CRFB que conceituava a empresa brasileira e admitia a outorga a elas de benefícios especiais e preferências; ii) alterou a redação do art. 176, §1º, para permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, não exigindo o controle do capital nacional.

a.2) Emenda Constitucional nº 07/95: alterou o art. 178 da CRFB, para deixar de exigir que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, de dois terços dos tripulantes.

a.3) Emenda Constitucional nº 36/02: modificou o art. 222, §1º da CRFB e passou a admitir a participação do capital estrangeiro, no limite de até 30 %, nas empresas jornalísticas e de radiodifusão.

b) atenuação dos monopólios estatais:²⁶

b.1) Emenda Constitucional nº 05/95: a nova redação do art. 25, §2º da CRFB permitiu que os Estados-membros conce-

²⁵ Sobre o tema, vide: BARROSO, Luís Roberto. "Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática". In: *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 271/306.

²⁶ Recentemente, a Emenda Constitucional nº 49/06 alterou o art. 177, V da CRFB para flexibilizar o monopólio da União em relação aos minérios e minerais nucleares, permitindo que a produção, comercialização e utilização dos radioisótopos sejam transferidas aos particulares sob regime de permissão.

dam às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de gás canalizado (antes a concessão só poderia ser feita à empresa estatal).

b.2) Emenda Constitucional nº 08/95: o art. 21, XI da CRFB passou a permitir a delegação dos serviços de telecomunicações às entidades privadas (até a Emenda, a delegação só poderia ser feita à empresa sob controle acionário estatal) e previu a criação de um “órgão regulador”; essa flexibilização já existia em relação aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

b.3) Emenda Constitucional nº 09/95: a alteração do art. 177, §1º da CRFB autorizou a contratação pela União de empresas estatais e privadas para a execução de diversas atividades ligadas à exploração do petróleo.

c) Instituição do Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei nº 8.031/90, substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491/97.²⁷

Após as alterações legislativas liberalizando a economia e diminuindo o próprio tamanho do Estado, optou-se pela adoção do modelo de agências reguladoras para se estabelecer o novo modelo regulatório brasileiro.

A Constituição de 1988, em seu art. 174, já apontava expressamente que o Estado atuava como agente normativo e re-

²⁷ O art. 1º da Lei nº 9.491/97 indica os principais objetivos do PND: “I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

gulador da atividade econômica.²⁸ Ademais, através das Emendas Constitucionais nºs. 8/95 e 09/95, respectivamente, foi prevista a criação de dois “órgãos reguladores” específicos para os setores de telecomunicações (art. 21, XI da CRFB)²⁹ e do petróleo (art. 177, § 2º, III da CRFB).³⁰

É de bom alvitre ressaltar que a Constituição Federal não exigiu ou optou expressamente pelo modelo das agências norte-americanas, mas abriu a possibilidade dessa adoção pelo legislador. Foi exatamente o que ocorreu a partir da década de 90 com a criação das seguintes agências reguladoras: Lei nº 9.427/97 (ANEEL); Lei nº 9.472/97 (ANATEL); Lei nº 9.478/97 (ANP); Lei nº 9.782/99 (ANVISA); Lei nº 9.961/00 (ANS); Lei nº 9.984/00 (ANA); Lei nº 10.233/01 (ANTT e ANTAQ); Medida Provisória nº 2.228-1/01 e Lei nº 10.454/02 (ANCINE).³¹ Em razão disso, a professora Di Pietro aponta a “agencificação”, compreendida como a outorga de função regulatória às agências reguladoras, como uma tendência atual do Direito Administrativo brasileiro.³²

4. A RECEPÇÃO DO MODELO NORTE-AMERICANO DE AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES E A NECESSIDADE DE ACLIMATAÇÃO: DIFICULDADES E POSSIBILIDADES

Conforme verificado no ponto anterior, o legislador brasileiro optou pela recepção das agências reguladoras norte-americanas. O que se pretende abordar, nesse momento, são as dificuldades inerentes a esta recepção, especialmente em razão dos momentos

²⁸ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

²⁹ “Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.”

³⁰ “Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.”

³¹ Todas as agências citadas foram criadas durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 54.

distintos de criação das agências nos dois países e das diferenças dos próprios sistemas jurídicos (*common law* e romano-germânico).

4.1. DIFICULDADES

a) Diferenciação dos momentos americano e brasileiro

Em primeiro lugar, é importante notar que o momento de proliferação das agências nos Estados Unidos é diverso do momento da recepção deste modelo regulatório no Brasil.

O fortalecimento das agências americanas, durante o *New Deal*, foi justificado pela ideia do crescimento da regulação estatal e da produção legislativa, com o objetivo de superar a crise instalada especialmente com a Grande Depressão de 1929. Nesse período (década de 30), a Europa e os países da América Latina adotaram solução diversa para escapar da crise global: estabeleceram uma política estatizante que afastava a necessidade de criação de agências independentes, pois era o próprio Estado o executor dos serviços públicos e de diversas atividades econômicas.

Somente a partir do período de desestatização, iniciado no Brasil na década de 90, que as agências reguladoras foram recepcionadas pelo sistema jurídico brasileiro.³³ Logo após a transferência de atividades estatais à iniciativa privada, foram criadas agências para regular o exercício dessas atividades.

Verifica-se, destarte, um aparente paradoxo: enquanto nos Estados Unidos, as agências se multiplicam no momento de fortalecimento do Estado, no Brasil, as agências são instituídas em período de diminuição do intervencionismo estatal. O ponto comum dos dois processos regulatórios é a insatisfação com o modelo estatal adotado tanto nos Estados Unidos (modelo abstencionista)

³³ Da mesma forma, a Europa só adotou o modelo de agências independentes em razão da desestatização da economia. Diz Alexandre Santos de Aragão: “Na América Latina/Europa, o Estado deixou de prestar ou explorar diretamente (ou através da sua Administração Indireta) a maior parte dos serviços públicos e atividades econômicas que, no entanto, pela sua sensibilidade com os interesses maiores da coletividade, deviam ser objeto de uma regulação independente, inclusive frente aos eventuais ocupantes de cargos públicos.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 228.

quanto no Brasil (modelo intervencionista), buscando-se um ponto médio ideal de regulação através da regulação leve (*light intervention*).³⁴ Em verdade, como se percebe, o paradoxo é apenas aparente, uma vez que o processo de desestatização acarretou uma aproximação das circunstâncias político-econômicas brasileiras e norte-americanas.³⁵

b) Resistências legais e políticas à autonomia reforçada das agências no cenário brasileiro

Diversas oposições à autonomia reforçada das agências americanas também são apontadas no Brasil, tais como a autonomia normativa (deslegalização), administrativa (impossibilidade de recurso hierárquico impróprio e estabilidade fortalecida dos dirigentes, especialmente em razão dos mandatos a termo, não coincidentes com os mandatos dos Chefes do executivo, e da impossibilidade de exoneração *ad nutum*) e financeira-orçamentária (iniciativa em propostas orçamentárias e receitas próprias, como por exemplo, a instituição de “taxas regulatórias”).

As agências reguladoras brasileiras, criadas sob a forma de autarquias em regime especial,³⁶ seriam dotadas dessa autonomia reforçada, o que segundo alguns críticos, violaria princípios constitucionais como a separação de poderes, a legalidade, a legitimidade, dentre outros. Todavia, apesar de embrionária a análise dessas questões pelo Supremo Tribunal Federal (STF), já se pode afirmar que as agências reguladoras representam uma realidade que tem desempenhado as suas tarefas com certo sucesso.

³⁴ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao abordar os fundamentos políticos da regulação, afirma que a privatização, ocorrida após a II Guerra Mundial com a crise do Estado do Bem-Estar Social, “deixaria de ser um tabu ideológico, abominado pelas radicalizações de esquerda” e passaria a ser “uma opção racional de política pública.” NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

³⁵ Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 227.

³⁶ O regime especial é caracterizado pela autonomia reforçada das agências, conforme se depreende, v.g., do art. 8º, § 2º da Lei nº 9.472/97 (ANATEL): “Art. 8º (...) § 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

4.2. Possibilidades

Quanto à autonomia normativa, a tese da deslegalização³⁷ de matérias preponderantemente técnicas, em tempos de crise da concepção liberal do princípio da legalidade, vem sendo aceita por diversos doutrinadores, desde que a lei deslegalizadora estabeleça os parâmetros e objetivos a serem alcançados pelas agências.³⁸ Não se trata aqui de se afirmar a superioridade hierárquica do regulamento das agências, mas de opção legislativa em ampliar a margem de atuação normativa e da discricionariedade técnica das agências. O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE, em voto da lavra do Relator Ministro Ilmar Galvão, citando J.J. Gomes Canotilho, admitiu a tese da deslegalização.³⁹

A autonomia administrativa, como visto, pode ser caracterizada, em primeiro lugar, pela impossibilidade do chamado recurso hierárquico impróprio⁴⁰, cujo efeito é vedar, em princípio, o reexame das decisões da agência, tornando-a responsável pela última

³⁷ Deslegalização pode ser conceituada como “a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonance*).” NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Op. cit.*, p.122.

³⁸ Apontam a deslegalização como fundamento do poder normativo das agências reguladoras, dentre outros: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Op. cit.*, p.170 e segs.; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 418 e segs.; VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 48 e segs.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Agências reguladoras e poder normativo”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.), *O poder normativo das agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 83.

³⁹ STF, REExt nº 140.669-1/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 18/05/01, p.86. (Fonte: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 425). Conforme mencionado por Marçal Justen Filho, posteriormente, no julgamento da ADIn-MC nº 1.668, que versava sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), a Corte afirmou, cautelarmente, que o poder normativo da ANATEL possuía caráter regulamentar e deveria observar os parâmetros legais. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras*, São Paulo: Dialética, 2002, p. 538/539. Todavia, recentemente, o STF, no julgamento da Questão de Ordem da Medida Cautelar nº 1193, admitiu, inicialmente, a constitucionalidade da edição de decreto de licitação simplificado editado pela Petrobras, conforme permitido pelo art. 67 da Lei nº 9.478/97 (“Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRAS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.”). *Informativo do STF nº 426*, disponível em www.stf.gov.br.

⁴⁰ Segundo leciona Di Pietro, recurso hierárquico impróprio é aquele “dirigido a autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que proferiu o ato.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 702.

palavra na esfera administrativa, notadamente quanto à resolução de conflitos entre os entes regulados. Todavia, essa impossibilidade, segundo Marcos Juruena Villela Souto⁴¹, seria apenas para questões de mérito, sendo viável, excepcionalmente, a de interposição de recurso hierárquico impróprio quando fundamentado em ilegalidade praticada pela agência.

De outro lado, a autonomia administrativa refere-se à estabilidade dos dirigentes, nomeados pelo Chefe do Executivo e aprovados pela respectiva Casa Legislativa.⁴² Essa estabilidade diferenciada é caracterizada pelo exercício de mandato a termo⁴³, não coincidente com o mandato do agente político⁴⁴, bem como pela impossibilidade de exoneração *ad nutum*.⁴⁵ O STF, no julgamento da ADIn nº 1949/RS, após declarar a inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual que admitia a exoneração de dirigentes das agências pela Assembléia Legislativa, asseverou: “A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é,

⁴¹ Nas palavras do autor: “Como se trata de autonomia para agir dentro da Constituição, ultrapassar tais limites pode ensejar o desfazimento do ato por recurso hierárquico impróprio. O Chefe do Poder Executivo, no exercício da ‘direção superior Administração’ (CF, art. 84, II), pode declarar a nulidade do ato (mas não pode rever o ato - no sentido de substituir a valoração do ato). VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. “Extensão do poder normativo das agências reguladoras”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.), **O poder normativo das agências reguladoras**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141/142.

⁴² A nomeação está prevista no art. 5º da Lei nº 9.986/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras: “O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.” A participação do Legislativo na nomeação de dirigentes de entidades administrativas pelo Executivo tem previsão no art. 52, III da CRFB.

⁴³ Art. 6º da Lei nº 9.986/00: “O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.”

⁴⁴ Art. 7º da Lei nº 9.986/00: “A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato.”

⁴⁵ Art. 9º da Lei nº 9.986/00: “Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.” Nada impede que as leis especiais das agências estabeleçam outras hipóteses de perda do cargo (Art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 9.986/00).

porém, incompatível com a demissão *ad nutum* pelo Poder Executivo.”⁴⁶

A não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências com os mandatos dos Chefes do Executivo geram polêmicas na doutrina. Alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, entendem que essa previsão contraria o princípio republicano que estabelece a temporariedade dos mandatos políticos, pois permite que os governantes derrotados nas urnas continuem a exercer influência sobre o governo sucessor.⁴⁷ Ao contrário, Marcos Juruena Villela Souto, dentre outros, entende não haver qualquer inconstitucionalidade nessa previsão legal, já que os dirigentes são independentes e responsáveis por decisões técnicas (e não políticas), além dos órgãos colegiados das agências serem formados por “várias correntes de pensamento da sociedade”, o que garantiria legitimidade.⁴⁸

Por fim, outro aspecto demonstrativo da autonomia diferenciada das agências reside, dentre outras formas de receitas, na possibilidade de instituição das chamadas “taxas regulatórias” (v.g.: art. 47 da Lei nº 9.472/97) e de envio de proposta orçamentária ao Ministério ao qual estão vinculadas (v.g.: art. 49 da Lei nº 9.472/97).

Apesar das polêmicas atinentes à natureza jurídica das “taxas regulatórias”, grande parte da doutrina⁴⁹ tem feito distinção em relação ao tipo de agência reguladora. Quando se tratar de agência reguladora de serviços públicos ou de exploração de atividade privada monopolizada, a “taxa” não terá natureza tributária, mas sim contratual, uma vez não existir o exercício do poder de polícia, que incide sobre atividades privadas, nem serviços públicos prestados às concessionárias. A “taxa”, *in casu*, servirá apenas

⁴⁶ STF, ADInMC nº 1.949/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 18/11/1999, Tribunal Pleno, DJ 25-11-2005.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 153/154.

⁴⁸ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Op. cit.*, p. 128.

⁴⁹ Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 332/333. VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 259/260.

para ressarcir as despesas com a fiscalização das normas contratuais e legais. Ao revés, no caso de agência reguladora de atividade típicas da iniciativa privada, a “taxa” terá efetivamente natureza tributária, tendo em vista o exercício do poder de polícia (art. 145, II CRFB e art. 78 do Código Tributário Nacional).

Como se vê, as características conferidas pelas leis instituidoras das agências reguladoras geram discussões quanto à juridicidade e à legitimidade dessas entidades administrativas. Em contrapartida, verifica-se no tratamento legal das agências a consagração de importantes tendências modernas do Direito Administrativo que procuram superar eventuais rejeições desse modelo jurídico.

Às agências, compostas preferencialmente por especialistas do assunto a ser regulado, são destinadas as decisões de caráter técnico (discricionariedade técnica, segundo alguns autores), o que permite um melhor atendimento do princípio da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB). O risco da “captura”, ou seja, de que apenas os interesses dos agentes regulados seriam atendidos na regulação, pode ser afastado pela qualificação dos dirigentes das agências⁵⁰ e através dos mecanismos de controle à disposição do Executivo.⁵¹

O grande desafio, no entanto, enfrentado pelas agências reguladoras situa-se na superação do seu aparente déficit democrático. A possibilidade de que agentes públicos tecnocratas e sem responsabilidade política possam, de forma autônoma em relação aos representantes do povo, decidir questões de grande relevância social, colocam no centro da discussão hoje a legitimidade desse modelo institucional.

Em razão dessa celeuma, tem-se defendido a legitimidade dessas entidades através, principalmente, da participação dos agentes regulados e dos administrados em geral na tomada das

⁵⁰ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Op. cit.*, p. 260.

⁵¹ Averba Alexandre Santos de Aragão: “A autonomia não pode servir para isentá-las da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antiética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p.355.

decisões administrativas das agências⁵², assim como na elaboração das normas regulatórias.⁵³ O princípio da participação administrativa deve ser um parâmetro imposto como um dever à atuação das agências, garantindo-se, com isso, a legitimidade e a eficiência de suas decisões. Não se trata apenas de se garantir a realização de consultas públicas e audiências públicas, mas efetivamente do dever de se analisarem as opiniões dos administrados, motivando as decisões. Ademais, a tomada das decisões é precedida da ponderação de interesses por parte da agência, o que faz transparecer o seu caráter preponderantemente consensual ao invés de impositivo.

5. CONCLUSÃO

Após as considerações abordadas neste estudo, pode-se concluir que as agências reguladoras brasileiras foram inspiradas no modelo das *independent regulatory agencies norte-americanas*.⁵⁴

Algumas dificuldades são inerentes à recepção desse modelo jurídico concebido originariamente em um país de tradição da *common law*. Outras dificuldades, que, aparentemente, seriam comuns ao Brasil e aos Estados Unidos, tendo em vista a consagração de princípios constitucionais idênticos, v.g., a separação de poderes e o princípio da legalidade, devem ser tratadas à luz da realidade jurídica de cada país.

⁵² Na regulação do setor de telecomunicações, a Lei nº 9.472/97 estabelece, em vários dispositivos, a necessidade de submissão do ato da agência à prévia consulta pública, destacando-se: art. 19, III (submete diversos atos à prévia consulta pública), art. 89, II (a minuta do instrumento convocatório será submetido à prévia consulta pública) e art. 195 (o modelo de reestruturação e desestatização das empresas enumeradas no art. 187 deve ser submetido a consulta pública).

⁵³ Cite-se, v.g., o art. 42 da Lei nº 9.472/97: “As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no *Diário Oficial da União*, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.”

⁵⁴ Na lição do Ministro Joaquim B. Barbosa Gomes: “Nossas agências configuram, portanto, uma importação de um conceito, de um formato e de um modo específico de estruturação do Estado. Falta-lhe, contudo, e isso poderá lhes ser fatal no curso do seu amadurecimento institucional, um maior rigor na delimitação de seus poderes e na compatibilização destes com os princípios constitucionais.” GOMES, Joaquim B. Barbosa. “Agências reguladoras: a ‘metamorfose’ do Estado e da democracia: uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado”. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XI, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 94.

Pode-se afirmar, contudo, que o fenômeno da recepção de modelos jurídicos típicos de países da *common law* por países de tradição romano-germânica não representa uma exclusividade brasileira. Trata-se de uma tendência do mundo globalizado e interligado. Nesse contexto, a doutrina, ao lado dos juizes, assume papel de destaque no processo de aclimação do modelo jurídico importado. Na lição de Jean Rivero:

“A tendência geral é no sentido de aproximação dos direitos anglo-saxônicos e continentais. (...)”

*“Nesse contexto de aproximação das famílias jurídicas americanas e européias, a doutrina assume papel fundamental: Os doutrinadores são, cada um a sua maneira, os responsáveis pela unidade dos direitos, os fatores determinantes dessa unidade.”*⁵⁵

A realidade atual brasileira, especialmente após a primeira sucessão presidencial, depois de criadas as agências, demonstram a necessidade de amadurecimento institucional das questões polêmicas em torno do tema. O que se verifica, hoje, é uma tentativa de enfraquecimento das agências sem a utilização do processo democrático que deve nortear eventuais mudanças do modelo regulatório. Em vez de alterações legislativas, do debate democrático e da análise judicial dos problemas apontados, procura-se retirar o poder das agências através de subterfúgios, como, v.g., a nomeação de dirigentes por razões políticas, sem a observância das qualificações técnicas e, até mesmo, a ausência de nomeação desses dirigentes, impedindo a tomada de decisões deliberativas no seio das agências.⁵⁶

⁵⁵ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 167. Da mesma forma, René David aponta para a tendência de aproximação entre as famílias da *common law* e da tradição romano-germânica. DAVID, René. *Op. cit.*, p. 48.

⁵⁶ Nesse sentido foi a conclusão do editorial “destruição das agências” do jornal *O Estado de São Paulo* de 05/06/2006: “O presidente Luiz Inácio Lula da Silva criticou as agências reguladoras logo no começo de seu governo. Passados três anos e meio, ele parece estar vencendo a guerra sempre intensa, ainda que nunca declarada, que moveu contra elas. Quando pôde, usou critérios políticos nas nomeações de diretores, sujeitando a conveni-

É preciso, portanto, encarar o problema, amadurecer institucionalmente o debate e encontrar possíveis soluções para a aclimação das agências reguladoras ao ordenamento jurídico brasileiro. 

ências partidárias e eleitorais o sistema regulatório da infraestrutura. Pôs em risco, assim, atividades básicas para a economia e para normalidade da vida brasileira. Mas foi além da distribuição política de cargos e deixou as agências serem sufocadas por falta de recursos e, no final, também por falta de direção. Estão incompletas as diretorias de várias agências. Algumas têm apenas três diretores, número mínimo para deliberação.”

Da Imunidade dos Entes Autárquicos em Relação ao IPTU de Imóveis Desafetados de suas Finalidades Essenciais

Afrânio Carlos Moreira Thomaz

Procurador do Banco Central do Brasil no Rio de Janeiro. Professor de Direito Empresarial da Pós-Graduação da Universidade Candido Mendes

De acordo com o art. 150, VI, “a” da Constituição Federal, “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”. Tal vedação caracteriza verdadeira imunidade tributária recíproca, de caráter subjetivo e autoexecutável, instituída pelo texto constitucional como instrumento destinado a harmonizar e fortalecer o pacto federativo, preservando a autonomia dos entes respectivos, e evitando que disputas políticas tenham origem em contenciosos tributários estabelecidos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, uns para com os outros. Ademais, não seria mesmo coerente que os entes federativos pudessem se tributar reciprocamente, pois, em última análise, sempre ganhariam por um lado, mas perderiam por outro, não havendo muito sentido prático nesse procedimento, já que todos almejam o interesse público e o bem-estar dos agrupamentos sociais submetidos à incidência de seu poder político-administrativo.

A imunidade recíproca abordada no referido preceito constitucional também decorre do princípio da isonomia das pessoas políticas, porquanto a tributação por meio de impostos, de acor-

do com o magistério de Roque Antônio Carrazza, “*pressupõe uma supremacia de quem tributa em relação a quem é tributado*” - o que, por evidente, não se concebe na relação entre os entes federativos uns para com os outros.

A imunidade de que trata o preceptivo constitucional sob comento diz respeito apenas a *impostos*, não abrangendo outras espécies tributárias (taxas, contribuições, empréstimos compulsórios). Ainda de acordo com o estatuído na Carta Magna, nem todo imposto é alcançado pela imunidade nele prevista, mas somente aqueles incidentes sobre *patrimônio, renda ou serviços* - o que, portanto, não impede a incidência de impostos indiretos, como o ICMS e o IPI. Fica também afastada a imunidade no caso de a pessoa federativa desempenhar atividades econômicas tipicamente privadas, ou em que haja a cobrança de *tarifas* pelo beneficiário, a teor do prescrito no art. 150, § 3º da Constituição.

A imunidade prevista no art. 150, VI, “a” da Constituição é estendida às autarquias, na forma do § 2º daquele artigo, “*no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes*”.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a autarquia é “*a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado*” (in **Manual de Direito Administrativo**, 11ª edição, p. 381, Rio de Janeiro, editora Lumen Juris).

Pela dicção do § 2º do art. 150 da Constituição, as autarquias ficam obrigadas a recolher, em qualquer caso, as taxas, contribuições e empréstimos compulsórios decorrentes dos fatos geradores dessas respectivas exações, bem como de impostos que não se refiram ao seu patrimônio, renda ou serviços. Ficam também obrigadas a pagar impostos se os fatos geradores destes não estiverem vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas não decorram.

Delineados esses parâmetros, cumpre então analisar a situação específica de entidades autárquicas que vêm sendo tributadas por administrações municipais em razão do IPTU supostamente incidente sobre imóveis não atrelados às suas finalidades públicas essenciais.

De fato, não há qualquer controvérsia acerca da imunidade tributária, relativamente ao IPTU, do imóvel onde se situa a sede e/ou os escritórios da repartição autárquica, já que aí inexistente a dúvida de que o referido bem se encontra vinculado às suas finalidades essenciais, classificando-se como *bem público de uso especial* (Código Civil art. 99, II). No entanto, quanto aos imóveis não afetados a nenhuma finalidade essencial da autarquia ou da fundação, e que, portanto, se classificam como *bens públicos dominicais* (Código Civil art. 99, III), pensamos ser precipitada a conclusão pela inexistência de imunidade em relação ao IPTU, pelo que deve a situação ser analisada de forma mais detida.

Luiz Emygdio Franco da Rosa Junior, a propósito, leciona que *“se uma autarquia é proprietária de um terreno baldio, não gozará de imunidade tributária no que toca ao imposto territorial urbano porque não se trata de bem vinculado às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”* (in *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*, 14ª edição, p. 309, Rio de Janeiro, editora Renovar).

Tal assertiva, apesar de toda autoridade de seu prolator, deve ser interpretada *cum granum salis*.

No caso específico do Banco Central do Brasil (BACEN), por exemplo, essa autarquia possui diversos imóveis na cidade do Rio de Janeiro, não havendo qualquer controvérsia acerca da imunidade, relativamente ao IPTU, dos prédios destinados às finalidades essenciais daquela pessoa jurídica de direito público federal, onde se situam escritórios, repartições, equipamentos, depósitos, etc..

Todavia, existem na capital fluminense vários outros imóveis pertencentes ao BACEN que em nada estão atrelados às suas finalidades típicas, havendo, em razão disso, o não reconhecimento pelo Município do Rio de Janeiro da imunidade tributária em relação a tais bens, dentre os quais, inclusive, figuram mesmo alguns terrenos baldios.

Assim, nos últimos anos, a referida edilidade promoveu a inscrição do BACEN em dívida ativa e o subsequente ajuizamento de diversas execuções fiscais em face da autarquia perante a Justiça Federal, a fim de receber o pagamento correspondente ao IPTU

que estaria a incidir sobre tais imóveis, por não serem afetados a qualquer destinação de interesse público.

Em que pese tal circunstância, deve-se considerar que mesmo nessas hipóteses configurada estará, a princípio, a imunidade tributária, inviabilizando a cobrança tencionada pelo Município do Rio de Janeiro.

Com efeito, o BACEN, na qualidade de pessoa jurídica de direito público, encontra-se submetido ao *princípio da legalidade* de que trata o art. 37 da Constituição, pelo que a referida autarquia somente pode realizar condutas que a lei expressamente lhe autoriza ou lhe impõe. Em outras palavras, nenhum comportamento estranho à expressa previsão legal poderá ser validamente praticado pelo BACEN, à luz do mencionado princípio constitucional.

Por sua vez, as atribuições do BACEN encontram-se definidas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 4.595/64, que assim estatuem:

“Art. 9º - Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional”.

“Art. 10 - Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

I - Emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional;

II - Executar os serviços do meio-circulante;

III - determinar o recolhimento de até cem por cento do total dos depósitos à vista e de até sessenta por cento de outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de Letras ou Obrigações do Tesouro Nacional ou compra de títulos da Dívida Pública Federal, seja através de recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, a forma e condições por ele determinadas, podendo:

a) adotar percentagens diferentes em função:

1. das regiões geoeconômicas;

2. *das prioridades que atribuir às aplicações;*
3. *da natureza das instituições financeiras;*
- b) *determinar percentuais que não serão recolhidos, desde que tenham sido reaplicados em financiamentos à agricultura, sob juros favorecidos e outras condições por ele fixadas.*
- IV - *Receber os recolhimentos compulsórios de que trata o inciso anterior e, ainda, os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras, nos termos do inciso III e § 2º do art. 19.*
- V - *Realizar operações de redesconto e empréstimos a instituições financeiras bancárias e as referidas no Art. 4º, inciso XIV, letra 'b', e no § 4º do Art. 49 desta lei;*
- VI - *Exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;*
- VII - *Efetuar o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei;*
- VIII - *Ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira e de Direitos Especiais de Saque e fazer com estas últimas todas e quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional;*
- IX - *Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;*
- X - *Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:*
 - a) *funcionar no País;*
 - b) *instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;*
 - c) *ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;*
 - d) *praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;*
 - e) *ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;*
 - f) *alterar seus estatutos.*
 - g) *alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.*

XI - Estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional;

XII - Efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais;

XIII - Determinar que as matrizes das instituições financeiras registrem os cadastros das firmas que operam com suas agências há mais de um ano.

§ 1º - No exercício das atribuições a que se refere o inciso IX deste artigo, com base nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República do Brasil, estudará os pedidos que lhe sejam formulados e resolverá conceder ou recusar a autorização pleiteada, podendo incluir as cláusulas que reputar convenientes ao interesse público.

§ 2º - Observado o disposto no parágrafo anterior, as instituições financeiras estrangeiras dependem de autorização do Poder Executivo, mediante decreto, para que possam funcionar no País”.

*“Art. 11 - Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil;
I - Entender-se, em nome do Governo Brasileiro, com as instituições financeiras estrangeiras e internacionais;*

II - Promover, como agente do Governo Federal, a colocação de empréstimos internos ou externos, podendo, também, encarregar-se dos respectivos serviços;

III - Atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo para esse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque, e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial;

IV - Efetuar compra e venda de títulos de sociedades de economia mista e empresas do Estado;

V - Emitir títulos de responsabilidade própria, de acordo com as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional;

VI - Regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis;

VII - Exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem;

VIII - Prover, sob controle do Conselho Monetário Nacional, os serviços de sua Secretaria.

§ 1º - No exercício das atribuições a que se refere o inciso VIII do artigo 10 desta lei, o Banco Central do Brasil poderá examinar os livros e documentos das pessoas naturais ou jurídicas que detenham o controle acionário de instituição financeira, ficando essas pessoas sujeitas ao disposto no artigo 44, § 8º, desta lei.

§ 2º - O Banco Central da República do Brasil instalará delegacias, com autorização do Conselho Monetário Nacional, nas diferentes regiões geoeconômicas do País, tendo em vista a descentralização administrativa para distribuição e recolhimento da moeda e o cumprimento das decisões adotadas pelo mesmo Conselho ou prescritas em lei”.

Como se vê, não consta naqueles dispositivos qualquer previsão, ou autorização, para que o BACEN adquira imóveis e terrenos baldios de forma descriteriosa e indiscriminada, sem lhes destinar qualquer afetação em nome do interesse público.

Por outro lado, não se pode olvidar que milita, em favor do BACEN, o atributo da *presunção de legitimidade* de seus atos.

Assim, incide uma *presunção relativa* de que a aquisição de imóveis não aproveitados pelo BACEN em suas atividades típicas somente pode ter *decorrido das finalidades essenciais* dessa autarquia, configurando a imunidade de que trata a parte final do art. 150, § 2º da Constituição. Nessa perspectiva, conclui-se incumbir

ao Município do Rio de Janeiro o ônus de provar o contrário; ou seja, que o BACEN não teria adquirido tais imóveis a partir de alguma situação decorrente de suas finalidades essenciais. A propósito, confira-se o magistério de Hely Lopes Meirelles:

“Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia” (in Direito Administrativo, 27ª edição, p. 154, São Paulo, editora Malheiros).

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“Efeito da presunção de legitimidade é a autoexecutoriedade, que, como veremos adiante, admite seja o ato imediatamente executado. Outro efeito é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade. Enquanto isso não ocorrer, contudo, o ato vai produzindo normalmente os seus efeitos e sendo considerado válido, seja, no revestimento formal, seja no seu próprio conteúdo” (ob. cit., p. 109).

Alguns questionamentos ao que aqui se sustenta poderia advir em razão de, por força do art. 3º, *caput* da Lei 6.830/80, a dívida ativa regularmente inscrita gozar de presunção de certeza e liquidez. Assim, uma vez que o nome da autarquia proprietária do imóvel não utilizado em suas atividades essenciais é inscrito em dívida ativa, também militaria em favor do Município a presunção de certeza e liquidez do crédito consubstanciado na respectiva certidão. E de acordo com o parágrafo único do referido art. 3º, tal presunção *“é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite”*.

A leitura desse preceptivo legal poderia levar à conclusão de que o BACEN, ou qualquer outra autarquia em situação equivalente, teria, de toda sorte, o ônus de provar, em sede de embargos à execução (Lei 6.830/80 art. 16, c/c CPC art. 333, I), a ausência de certeza e liquidez do crédito inscrito pelo Município em dívida ativa; ou seja, teria de demonstrar que a aquisição dos imóveis tributados pelo IPTU decorreu efetivamente de alguma finalidade essencial do ente público.

Entretanto, a imunidade do art. 150, § 2º, por estar hospedada no texto constitucional e corresponder a uma limitação ao poder de tributar, comporta interpretação extensiva. Na esteira dessa premissa, temos que a referida presunção da Lei 6.830/80 não pode se sobrepôr à presunção (de legitimidade dos atos da Administração) que decorre do texto constitucional, a partir do *princípio da legalidade* de que trata o art. 37.

Além disso, a Lei 6.830/80 faz inúmeras referências a institutos como o da penhora e do arresto, e nem por isso tais disposições têm aplicabilidade à execução fiscal intentada em face da Fazenda Pública, que deverá observar o art. 100 da Constituição e o art. 730 do CPC.

Em várias ocasiões, o BACEN se torna proprietário de terrenos baldios ou sem qualquer vinculação com suas finalidades essenciais em razão de pagamentos realizados por seus devedores. Com efeito, a referida autarquia, no exercício de seu poder de polícia no mercado financeiro, pode sancionar os administrados na forma do art. 44, II da Lei 4.595/64, mediante a cobrança de multas (após, evidentemente, a instauração de processo administrativo em que se assegure o contraditório e a ampla defesa ao acusado), como também pode se tornar credor das obrigações a que alude o anteriormente transcrito art. 10, V da Lei 4.595/64. A fim de adimplir esse crédito público de natureza não tributária, alguns devedores, sem outros meios à sua disposição, promovem espontaneamente a *dação em pagamento* de imóveis em favor da autarquia credora, que, assim, passam a integrar seu patrimônio. Por outro lado, em não ocorrendo o pagamento espontâneo do devedor apenado, faz-se necessário o ajuizamento da competente

execução fiscal com esteio na própria Lei 6.830/80, cujo art. 24 prevê a possibilidade de a própria Fazenda Pública exequente adjudicar bens penhorados durante o trâmite do processo.

Não há dúvida de que a aquisição de imóveis nessas circunstâncias *decorreu das finalidades essenciais* do BACEN, ainda que não venham a ser efetivamente utilizados em suas atividades típicas de interesse público. É claro também que não convém e nem interessa à autarquia manter esses bens em seu patrimônio sem lhes dar qualquer destinação profícua, sendo preferível, na maioria das vezes, que se promova a sua alienação. No entanto, as dificuldades burocráticas - dentre as quais sobreleva a necessidade de realização de prévio procedimento licitatório (Lei 8.666/93 art. 19) - nem sempre permitem que a alienação desses imóveis seja realizada de modo rápido, perpetuando a manutenção de tais bens no patrimônio público.

Nessa perspectiva, não se revela adequada - com todas as vênias devidas às vozes discordantes - a iniciativa dos Municípios que insistem em inscrever o nome da autarquia em dívida ativa como devedora do IPTU em razão de tais imóveis, cujas aquisições presumem-se terem sido feitas em decorrência de suas finalidades essenciais, caracterizando, portanto, a imunidade prevista na parte final do art. 150, § 2º da Constituição.

Infere-se assim que constitui ônus da própria edilidade exequente demonstrar em juízo que o imóvel em relação ao qual se cobra o IPTU não está atrelado às finalidades essenciais da autarquia, e nem delas decorreram.

Não se pretende com isso advogar a tese de que o Município, já na petição inicial da execução fiscal, deverá demonstrar, de plano, o desvirtuamento do imóvel pertencente à entidade autárquica. Mas parece-nos intuitivo que, caso esta última se insurja contra a execução através de embargos, os *princípios da legalidade* e da *presunção de legitimidade* dos atos da Administração Pública executada, por terem assento constitucional, têm primazia sobre a regra insculpida no art. 333, I do CPC, fazendo com que o exequente/embargado tenha de se valer do inc. II desse dispositivo processual, sendo-lhe, pois, imputado o ônus de provar a

existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito à imunidade da autarquia embargante. Não faz mesmo nenhum sentido que se obrigue a autarquia a provar que agiu em conformidade com a lei.

A jurisprudência vem se mostrando sensível aos argumentos aqui colacionados, conforme se constata a seguir:

“Presunção juris tantum quanto à imunidade da autarquia municipal, por força da própria sistemática legal (art. 334, IV, do CPC), de forma que caberia ao Município, mesmo em sede de embargos à execução, apresentar prova de fato impeditivo em relação a esse favor constitucional (art. 333, I, do CPC), através da comprovação de que os serviços prestados pelo ente administrativo ou seu patrimônio estão desvinculados dos objetivos institucionais” (STJ - 2ª Turma - REsp 320.948/MG - Rel. Min. Eliana Calmon - DJ 02.06.2003, p. 244).

“A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de imputar ônus ao exequente quanto à prova de que uma autarquia, em princípio, imune ao pagamento do IPTU sobre os imóveis de sua propriedade, serve ao desenvolvimento das atividades essenciais. Violação ao art. 333, incisos I e II, do CPC” (STJ - 2ª Turma - REsp 769.940/MG - Rel. Min. Eliana Calmon - DJ 04.10.2006, p. 208).

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. IMUNIDADE. ART. 150, VI, ‘a’, CRFB. FINALIDADE ESSENCIAL. ÔNUS DA PROVA DO MUNICÍPIO. TCDL. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição Federal, em seu art. 150, VI, ‘a’, estende às autarquias a imunidade tributária a impostos, todavia, restringe a referida não incidência constitucionalmente qualificada aos impostos relativos ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou à dela decorrentes, nos termos do § 2º, da mencionada norma.

2. Sendo a imunidade uma vedação absoluta ao poder de tributar, o Município somente pode exercer sua competência

tributária no tocante ao IPTU se comprovar que o imóvel utilizado não é utilizado pela autarquia-previdenciária em suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Ausência de comprovação no caso em comento. (...)” (TRF 2ª Região - 3ª Turma Especializada - Apelação Cível 2005.51.01.525678-5/RJ - Rel. Des. Paulo Barata - DJ 10.02.2009, p. 45).

MANDADO DE SEGURANÇA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, § 2º, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COBRANÇA IPTU. IMÓVEL DE AUTARQUIA FEDERAL. FINALIDADE ESSENCIAL. ÔNUS PROBATORIO DO FISCO.

1. *A imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição Federal é extensiva ao patrimônio, à renda e aos serviços das autarquias, desde que estejam vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, VI, § 2º, da CF).*

2. *Cabe ao Fisco a produção de prova impeditiva ao direito do contribuinte, de modo a comprovar que o bem não se encontra vinculado às finalidades essenciais da autarquia.*

3. *A ausência de provas nesse sentido impede que a imunidade tributária seja afastada.*

4. *Apelação e remessa oficial improvidas”* (TRF 1ª Região - 8ª Turma - Apelação em Mandado de Segurança 2003.38.00.048181-1/MG - Rel. Juiz Federal Convocado Roberto Carvalho Veloso - DJ 05.10.2007, p. 234).

Enfim, pode-se afirmar, sem qualquer hesitação, que o simples fato de um ente autárquico ser proprietário de imóveis urbanos sem lhes dar qualquer destinação vinculada às suas finalidades essenciais, não confere ao Município o poder de exigir o IPTU sem antes se certificar das circunstâncias que envolveram o ingresso de tais bens no patrimônio daquela pessoa integrante da Administração Indireta. Caso alguma execução fiscal seja ajuizada sem a adoção prévia dessa cautela, bastará que a autarquia apresente os competentes embargos, sustentando a *presunção de legitimidade* que milita em seu favor, como decorrência do *princípio da lega-*

lidade estatuído no art. 37, *caput* da Constituição, evidenciando, assim, que a aquisição dos imóveis somente poderia ter se dado em conformidade com as prescrições legais (e, portanto, em decorrência de suas finalidades essenciais), cabendo ao Município o ônus de provar o contrário, nos termos do art. 333, II do CPC. 

Interrogatório por Videoconferência

Ronaldo Saunders Monteiro

Mestrando em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá-RJ

O interrogatório feito por meio de videoconferência é um assunto que está tomando a atenção dos estudiosos da área jurídica, não por ser um tema novo, pois na década de 90 já existiam decisões e trabalhos sobre o assunto, mas pela inclusão formal no ordenamento jurídico pátrio da Lei Ordinária Federal nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009. Basicamente, o interrogatório realizado por meio de videoconferência encontra duas correntes antagônicas sobre a sua utilização. A primeira, seguindo a visão da Teoria do Garantismo Jurídico, entende que o uso da videoconferência viola o direito fundamental da ampla defesa (técnica e autodefesa), devido principalmente a ausência do direito de presença física do interrogado, ou seja, uma dinâmica contraditória entre a declaração solene dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico e o emprego dos meios necessários para a sua concretização. A segunda, de acordo com a ótica estadista, argumenta em defesa da videoconferência, com a diminuição das fugas, resgates, celeridade processual, economia orçamentária, etc.

Inicialmente, é bom destacar - a redação da Lei nº 11.900/2009 repetiu a dada pela Lei 10.792/2003 - a regra do interrogatório do réu preso, realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares, bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. A excepcionalidade foi acrescentada pela Lei 11.900/2009, quando permite ao juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das

partes, realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das finalidades elencadas na lei.

A previsão legal do deslocamento do juiz, do membro do Ministério Público, auxiliares e defensor para o estabelecimento prisional, a fim de tomarem o interrogatório do réu preso, certamente é mais razoável e segura do que o inverso. Acontece que a essência condicionante do texto legal quanto ao procedimento/regra é *desde que esteja garantida a segurança* dos integrantes do Poder Judiciário responsáveis pelo interrogatório e da defesa. Se o Estado não consegue sequer garantir a segurança básica do cidadão comum - um direito deste e um dever daquele (art.144 da CF/88) - dificilmente conseguiria garantir aos agentes públicos responsáveis pelo interrogatório de um réu preso sua integridade quando do deslocamento e realização da audiência em estabelecimento prisional.

Os juízes, diante da incompetência do Estado em garantir a segurança para o cumprimento do contido no art.185, § 1º do CPP, têm resistido ao seu cumprimento, por não se sentirem seguros no interior dos presídios; assim passaram a decidir, sem amparo legal, pela possibilidade do interrogatório por videoconferência. Acontece que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 88.914-0/SP, Ministro Relator CÉSAR PELUZO, entendeu pela inadmissibilidade da realização do interrogatório por videoconferência, dentre outros argumentos, pela ausência de dispositivo legal e por caracterizar uma limitação ao exercício da ampla defesa.

Em processos onde são réus indivíduos de alta periculosidade, como integrantes de organizações criminosas, narcotraficantes internacionais, dentre outros, o Estado vem observando a liberação dos presídios de integrantes do PCC, por exemplo, devido a não apresentação deles para as audiências no fórum, arrastando o processo penal por anos a fio e configurando constrangimento ilegal a permanência daqueles réus no presídio. Assim, só se confirma a incompetência do Estado em promover o deslocamento com segurança dos seus agentes até o estabelecimento prisional, a fim de cum-

prirem principalmente o art.185, § 1º do Código de Processo Penal (CPP), bem como todos os atos que antecedem o interrogatório.

Diante disso, o Estado providenciou a possibilidade do interrogatório por videoconferência, com a publicação da Lei 11.900/2009, bem como antes deste, também por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 do CPP, o que acabaria os problemas de gastos públicos nos deslocamentos, morosidade processual e a insegurança dos participantes nas audiências. Mais uma vez, o Estado buscou uma saída para resolver a sua incompetência em garantir a segurança - neste caso, dos integrantes do Judiciário na feitura do interrogatório - nem que para isso tivesse que limitar o direito fundamental à ampla defesa do indivíduo, não permitindo a presença física do réu perante o juiz da causa. Quanto aos gastos, não sofrerão redução significativa, já que a médio prazo, a instalação do aparelhamento de videoconferência irá onerar e muito os cofres públicos; trata-se de uma tecnologia ainda cara e de manutenção permanente, a ser usada nos diversos estabelecimentos prisionais e fóruns do país. Quanto a insegurança, também não existe muita diferença, já que a segurança garantida no fórum poderia também ser garantida no presídio quando da realização do interrogatório e/ou audiências. Daqui a algum tempo teremos a exceção se tornando regra e a regra se tornando exceção, por, mais uma vez, o Estado não conseguir garantir os meios adequados para que o Judiciário possa cumprir a Lei.

Nos termos do art.187, § 1º do CPP, na primeira parte do interrogatório o réu será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual é o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual é a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. Não podemos vislumbrar o interrogado expondo sobre o seu meio de vida e oportunidades sociais, principalmente, sem a presença física do juiz da causa, para quem o réu também exporia as suas expressões

subjetivas, pois o ser humano não é uma criatura desprovida de emoções, mas um ser vivo e detentor de caráter, índole e sentimentos; isto permitiria ao juiz a compreensão da personalidade do interrogado. E não adianta dizerem que isso é um dito sem qualquer fundamento ideológico, porque de acordo com o art. 59 do Código Penal, quando da fixação da pena, o juiz deverá atender à conduta social e personalidade do agente, não podendo ser insensível a essa exigência legal.

A doutrina divide o direito à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) em direito à defesa técnica (o réu é representado por advogado) e direito à autodefesa (feita pelo próprio acusado). A autodefesa é composta pelo direito de audiência e pelo direito de presença. Traduz-se a primeira pela possibilidade de o interrogado influir sobre o convencimento de o magistrado por meio do seu depoimento. A segunda exterioriza-se pela oportunidade de o réu tomar conhecimento e posição a todo instante, diante das alegações e provas que serão produzidas no processo. Mesmo considerando que o Estado tenha todos os recursos técnicos básicos para o funcionamento do sistema de videoconferência, existirá, mesmo que remota, a possibilidade de falha ou vulnerabilidade quanto à transmissão de mídia, ou mesmo, a inviabilidade da devida comunicação entre o réu e seu advogado. E, caso ocorra, seria remarcada a audiência, acarretando mais transtornos e gastos do que se tivesse ocorrido com a presença física do réu. Qualquer medida que venha a trazer insegurança ao ato processual, principalmente com a alteração trazida pela Lei 11.719/2008, colocando o interrogatório como último ato integrante da audiência una de instrução e julgamento, qualquer forma que venha a limitar o exercício da autodefesa ou da defesa técnica será uma afronta contundente ao direito fundamental à ampla defesa.

A presença é o fato de estar presente, é a existência, estado ou comparecimento do réu no lugar em que ocorrerá a audiência. Afirmar que a presença do réu é totalmente efetivada com a videoconferência é fisicamente impossível, já que jamais - por enquanto - a presença corporal ou material de uma pessoa será substituída por equipamentos eletrônicos.

O direito à defesa é um direito absoluto, pois subsiste por si só, não pode ter limites e nem restrições, é incontestável e incondicional, e deve ser exercido com os meios e recursos a ele inerentes (art. 5º, LV, CF). Fortalece tal afirmativa, tratando da função da defesa, TOURINHO FILHO¹:

“Aliás, em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza de direito “primário e absoluto” à defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido”.

A defesa técnica promovida pelo advogado do réu também é comprometida. Dentre outros argumentos, citem-se os seguintes: a impossibilidade de o advogado dar assistência ao seu cliente e, ao mesmo tempo, acompanhar o juiz e o cumprimento dos ritos processuais; o tratamento diferenciado aos réus que tenham maior poder aquisitivo, podendo constituir vários advogados para acompanharem tanto no fórum, onde está ocorrendo fisicamente a audiência, quando na sala do presídio, onde o réu deporá; prejuízo da comunicação entre o advogado e seu cliente, devido à insegurança natural do sistema, que não é totalmente imune as escutas ou falhas; dentre outras.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução nº 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, prevê no seu artigo 14, § 3º, nº 4, que:

“toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, à garantia mínima de estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha.”

¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 9ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e prevê garantias judiciais no seu artigo 8º, nº 2, d) e f):

“d) onde durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas, respectivamente: direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.”

De um lado o Estado com todo o seu “aparato” humano e material deve está na expectativa da apuração, processamento e punição do indivíduo que comete um crime, até como uma resposta a própria sociedade que reprova essas condutas criminosas. Do outro lado, geralmente têm-se um indivíduo “mais fraco” tentando se defender e não ser condenado, utilizando os instrumentos a que tem direito, como o devido processo legal e a ampla defesa. A partir do momento que o Estado assume a sua incompetência em sequer garantir a segurança para a execução dos atos processuais penais, ele não pode, como saída desse problema, restringir direitos fundamentais do réu, mas sim aperfeiçoar e melhorar as suas ações. A importância e as razões da ampla defesa são devidamente expostas por Guilherme Nucci²:

“Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acu-

² NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4º edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

sação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal”.

O art. 3º alínea a) do Código de Processo Penal Militar (CPPM), prevê que os casos omissos serão supridos pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar, nos levando a conclusão imediata da possibilidade de aplicação do interrogatório por videoconferência no processo penal militar. Acontece que o art. 390, § 5º também do CPPM, literalmente preceitua que o interrogatório do acusado ocorrerá na sede da Auditoria. O art. 403 do CPPM determina que o acusado preso assistirá a todos os termos do processo, inclusive ao sorteio do Conselho de Justiça, quando Especial. Por fim, considerando ainda a periculosidade dos acusados na Justiça Militar da União e a desnecessidade fática, podemos concluir pela impossibilidade da aplicação do interrogatório por videoconferência no processo penal militar, por vedação legal do próprio código castrense.

A discussão quanto ao interrogatório por videoconferência não teria cabimento, muito menos os esforços para se mostrar que esse sistema é desnecessário, se o Estado cumprisse o art. 185, § 1º do CPP; se contasse com a boa vontade dos juizes para comparecerem aos presídios, devidamente escoltados e seguros, para realização de audiências em salas previamente aparelhadas, ou mesmo com unidades móveis dotadas de computadores com acesso a internet, impressoras e demais aparelhos e condições essenciais para a realização do ato processual. 📄

Prescrição das Ações Indenizatórias contra o Poder Público e o Código Civil de 2002

Flávio de Araújo Willeman

Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito, Professor da Universidade Candido Mendes, da EMERJ e dos Cursos de Pós-Graduação da FGV-RIO, da UFF e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP.

I. INTRODUÇÃO

Definir o conceito de prescrição sempre foi um dos maiores dilemas do operador do direito, em razão das diversas variantes que o instituto apresenta.

Todavia, pode-se dizer que existia quase um consenso na doutrina no sentido de que a *prescrição* (extintiva) tinha o condão de fulminar o direito de ação pelo decurso do prazo previsto em lei, e, por isso, opunha-se ao instituto da *decadência*, na medida em que este fulminava não o direito de ação, mas sim o próprio direito material.¹

Agnelo Amorim Filho², porém, nos idos de 1961, desenvolveu estudo a fim de estabelecer um *critério científico* para distinguir

¹ Confira-se, por todos, Silvio Rodrigues. *Direito Civil - Parte Geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 324-325.

² Apresenta o referido autor as seguintes conclusões: “1º) *Estão sujeitas a prescrição* (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): todas as ações *condenatórias*, e somente elas (arts. 177 e 178 do Cód. Civil); 2º) - *Estão sujeitas a decadência* (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - *as ações constitutivas* que têm prazo especial de exercício fixado em lei;

efetivamente os institutos da prescrição e da decadência, concluindo que a prescrição não afeta o direito de ação, mas sim a pretensão a que corresponde; de outro lado, a decadência fulmina o direito potestativo³.

Após a entrada em vigor do atual Código Civil dissiparam-se, de certa maneira, as divergências conceituais sobre o instituto da prescrição, na medida em que o artigo 189⁴ textualmente alinhou-o à noção de *pretensão*⁵. Por esta razão, pode-se afirmar que a prescrição extintiva é a perda não do direito de ação, mas sim da pretensão que o titular detém a partir dele, em virtude de sua inércia.⁶

^{3º)} - São perpétuas (imprescritíveis): a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias” - grifos do original. AMORIM FILHO, Agnelo. “CRITÉRIO CIENTÍFICO PARA DISTINGUIR A PRESCRIÇÃO DA DECADÊNCIA E PARA IDENTIFICAR AS AÇÕES IMPRESCRITÍVEIS”. In. *Revista de Direito Processual Civil*, ano II, v. 3. Rio de Janeiro: Saraiva: Janeiro a Junho de 1961, p. 95-132.

³ A propósito, confira-se a doutrina de Caio Mario da Silva Pereira: “Direitos potestativos: Entre as outras situações jurídicas que o ordenamento reconhece estão aquelas que podem ser expressas pela formulação poder-sujeição: poder do titular do direito de um lado, sujeição de alguém para com o exercício do direito de outrem. Esta situação se diferencia da anterior (direito subjetivo) porque, neste caso, não há nada que o titular da sujeição possa ou deva fazer, não há dever, mas apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito, embora a manifestação atinja a esfera jurídica do outro, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação sua jurídica subjetiva.(...).

(...)

A distinção entre direito subjetivos e direitos potestativos mostrou-se fundamental para solucionar um dos mais antigos e intrincados problemas do direito civil, o da distinção entre prescrição e decadência. O entendimento foi adotado no Código Civil de 2002.” PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de Direito Civil*. V. I. (atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37-38.

⁴ “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

⁵ Pretensão, segundo a definição do Desembargador Federal André Fontes, “é o poder de exigir alguma prestação, pois em virtude do seu reconhecimento pela ordem jurídica é que se atribui ao sujeito a proteção para fazer atuar o seu direito subjetivo, cabendo ao termo poder a característica de ser conveniente mais amplo e compreensivo, além de ser diretamente utilizável no elemento conceitual. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos ainda à noção do legislador germânico, podemos assim definir: pretensão é o poder de exigir um comportamento.” In *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 10-11. Itálicos do original.

⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 557-558. No mesmo sentido apresenta-se a doutrina de Gustavo Kloh Muller Neves, para quem “O Código de 2002, efetivamente, representa a consagração de vários entendimentos já sedimentados na ciência jurídica pátria em torno da prescrição. O art. 189, ao reproduzir o texto do parágrafo 194 do BGB, espousa o entendimento de que a prescrição atinge

Nota-se, com isso, que a prescrição é um instituto intimamente ligado ao direito privado, notadamente ao direito civil, propondo-se a regular regras de estabilização das relações jurídicas a partir do estabelecimento de prazos para que os titulares exerçam a faculdade de exigir suas pretensões.

Nada obstante, as noções teóricas do instituto devem ser aplicadas não só às relações jurídicas oriundas do direito privado, mas também àquelas que, porventura, recebam o influxo de regras de direito público. Neste caso, em razão da taxonomia do direito administrativo, deve ser aplicada às relações jurídicas administrativas a essência do instituto da prescrição, cunhada pelo direito privado, mas com as vicissitudes do direito público, mormente à luz de critérios interpretativos que bem esclareçam a razão e os ideários da edição das normas jurídicas que pretendem e que pretenderam regular a prescrição das ações indenizatórias contra a Fazenda Pública.

De posse destas observações sobre o instituto da prescrição, passa-se efetivamente à análise do tema proposto neste ensaio.

II. PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS CONTRA O PODER PÚBLICO E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Até a vigência do atual Código Civil era lugar comum falar-se que as ações indenizatórias a serem ajuizadas em face das pessoas jurídicas de direito público prescreviam em cinco anos, ante o disposto no artigo 1º do Dec. 20/910/32. Tal vetusto Decreto sempre foi equivocadamente utilizado como a principal norma para regular a prescrição das ações indenizatórias contra o Poder Público.

Isto porque a prescrição das pretensões indenizatórias contra o Poder Público era objeto de regulação em data muito anterior à vigência do Dec. 20.910/32, eis que o revogado Código Civil de

a pretensão, preservando-se, assim o núcleo do direito, que poderá ser espontaneamente atendido. Não se pode, porém, opor a dívida após escoado o prazo legal, já que também esta alegação sofre os efeitos regulares (art. 190), abraçando-se neste particular o pensamento pontiano”. NEVES, Gustavo Kloh Muller. “Prescrição e decadência no Código Civil!”. *In A Parte Geral do Novo Código Civil - Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 2ª ed. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 427-441.

1916, mais especificamente no artigo 178, § 10º, inciso VI⁷, estabelecia, textualmente, que a prescrição das pretensões pessoais (e assim soem ser as indenizatórias) contra a Fazenda Pública ocorria em cinco anos.

Quer-se dizer com isto que desde 1916 já se tinha no ordenamento jurídico brasileiro norma-regra genérica que preceituava ser de cinco anos a prescrição das pretensões indenizatórias contra a Fazenda Pública. Sobre a aplicação do prazo prescricional de cinco anos para as ações indenizatórias (ações pessoais) em face do Estado, desde o Código Civil de 1916, confira-se a lição doutrinária de Clóvis Bevilacqua⁸, que traz, inclusive, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal - STF à época de sua edição:

“ 8. - § 10, n. VI - Manteve o Código Civil o privilégio da União, quanto à prescrição quinquênária de suas dívidas passivas, e concedeu-a, também, aos Estados e aos Municípios, que não gozavam desse benefício.

(...)

9. - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Prescreve em cinco anos o direito de acionar a Fazenda para pedir a anulação do ato, que demitir um funcionário. (Acórdão n. 1.943, de 1 de junho de 1918).

- A prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Federal, aplica-se a todo e qualquer direito e ação que alguém tenha contra a dita Fazenda, desde que o pedido seja meramente pecuniário. (Acórdão n. 2.563, de 2 de abril de 1919. Diário Oficial de 27 de junho de 1919).

- A prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Federal, aplica-se a todo e qualquer direito e ação, que alguém tenha contra a dita Fazenda, e o prazo da prescrição corre da

⁷ Art. 178. Prescreve: (,,,) § 10. Em 5 (cinco) anos: (...)VI - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação.

⁸ BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956, v. 1, p. 379-380

data do ato ou fato do qual se originar o mesmo direito ou ação, salvo a interrupção pelos meios legais. (Acórdão n. 19, de 15 de Setembro de 1917. Diário Oficial de 06 de fevereiro de 1918).

- Todo e qualquer direito, que alguém alegue, como credor da Fazenda Nacional, prescreve em cinco anos, a contar do ato ou fato, de que se originar o direito pretendido, salvo interrupção pelos motivos regulares. (Acórdão n. 2.262, de 22 de janeiro de 1919. Diário Oficial de 27 de junho de 1919).

(...)

- Prescrevem no prazo de cinco anos as dívidas passivas da Fazenda Nacional, e esta prescrição compreende o direito que alguém pretenda ter a ser declarado credor do Estado por qualquer título que seja. (Acórdão n. 2.112, de 10 de dezembro de 1919. Diário Oficial de 20 de junho de 1920.)”.
(grifamos)

Nada obstante o acima exposto, doutrina e jurisprudência, ao se referirem à prescrição das ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, quase sempre se reportavam aos ditames do Dec. 20.910/32, olvidando o que dispunha o Código Civil de 1916.

A pergunta que sugestiona o título deste estudo busca saber se houve alteração do prazo prescricional das ações indenizatórias após a vigência do atual Código Civil.

Sustentar-se-á neste trabalho que sim. Isto porque, nada obstante o novo Código Civil não ter trazido grandes inovações quanto ao regime de responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público - *eis que repete no artigo 43, quase que integralmente, a regra prevista no artigo 37, § 6º da Constituição da República de 1988* - inovou no estabelecimento do prazo de prescrição para que as pretensões indenizatórias sejam objetos de ações indenizatórias em face do Poder Público.

O artigo 206 do Código Civil de 2002, no § 3.º, inciso V, estabelece que prescreve em (3) três anos o prazo para a “*pretensão de reparação civil*”. Digno notar que a referida norma não traz qualquer distinção a respeito das pessoas que devem compor o

polo passivo ou que estariam excluídas de sua aplicação, o que certamente permite concluir, *prima facie*, que as pessoas jurídicas de direito público estão aí inseridas.

Contra-argumento que poderia ser levantado em oposição à tese acima sustentada é o de que o artigo 1.º do Decreto 20.910/32 e o artigo 1.º-C, da Lei Federal n.º 9.494/97 não teriam sido derogados pelo artigo 206, § 3.º, do Código Civil de 2002, por se apresentarem como *regra normativa específica* frente à norma do aludido dispositivo, que se apresenta no cenário jurídico como *norma jurídica genérica*. Aplicar-se-ia, segundo este argumento, o jargão jurídico de que norma geral não derroga norma especial. Apesar de sedutor, parece ser equivocada a adoção de tal entendimento.

Em primeiro lugar porque não é absoluto o método interpretativo segundo o qual norma geral não pode derrogar regra especial. É perfeitamente possível que isto aconteça quando as interpretações dos momentos históricos em que as normas jurídicas foram produzidas autorizarem e até indicarem este resultado interpretativo. Mais: será possível a norma geral derrogar a norma especial quando a sua permanência frustrar o instituto objeto da regulação jurídica (no caso a prescrição) e fomentar a injustiça.

E se assim é, mostra-se perfeitamente possível sustentar a revogação do artigo 178, § 10, VI do Código Civil de 1916, bem como (parcialmente) os artigos 1.º do Decreto n.º 20.910/32 e 1.º-C da Lei Federal n.º 9.494/97, que estabelecem o prazo de 05 (cinco) anos para a prescrição das pretensões pessoais (indenizatórias) em face das pessoas jurídicas de direito público. Esclareça-se, porque importante, que as demais pretensões pessoais contra a Fazenda Pública (ex. anulação de um ato administrativo) continuarão a ser reguladas pela legislação antes mencionada, o que importa concluir que poderão ser intentadas no prazo de até cinco anos contados da ciência da “lesão”.

Digno reiterar que a prescrição quinquenal de todas as demandas pessoais - *e assim se mostram as indenizatórias* - em face das pessoas jurídicas de direito público *já estava prevista no artigo 178, § 10, VI do Código Civil de 1916*, situação que afasta

a especialidade do Dec. 20.910/32 e da Lei Federal nº 9.494/97 (*que apenas repetiram uma regra jurídica prevista em lei geral, o Código Civil de 1916*), e faz aplicar, tranquilamente, o critério interpretativo para evitar antinomia de normas segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior, de igual hierarquia, quando dispuser em sentido contrário.

Para que o Decreto 20.910/32 e a Lei Federal nº 9.494/97, especificamente no que diz respeito ao estabelecimento do prazo prescricional das pretensões indenizatórias contra da Fazenda Pública, sejam consideradas *normas especiais* devam sê-lo, igualmente, tendo como parâmetro a norma jurídica genérica (Código Civil de 1916), que vigia quando de suas edições. Ora bem: se assim for analisada a questão jurídica, ver-se-á que o Decreto 20.910/32 e a Lei Federal nº 9.494/97 jamais pretenderam ser normas especiais frente à norma geral que vigia quando foram editadas, uma vez que estabeleciam exatamente o mesmo prazo de cinco anos para a prescrição das ações indenizatórias contra o Poder Público já contido no citado artigo 178, § 10, inciso VI do Código Civil de 1916.

Por isso é que se sustenta que o artigo 206, § 3.º do Código Civil de 2002 dispôs em sentido contrário à redação contida no artigo 178, § 10, VI do Código Civil de 1916, ao reduzir de 5 (cinco) para 3 (três) anos o prazo de prescrição das pretensões indenizatórias em face da Fazenda Pública, e permitir a aplicação do brocardo jurídico que determina a revogação de uma norma geral por outra norma geral de igual hierarquia.

Por outro lado, caso não fosse o argumento acima desenvolvido suficiente para fazer a regra inserta no artigo 206, § 3.º do Código Civil de 2002 ser aplicável às demandas indenizatórias contra a Fazenda Pública, cabe enaltecer a necessidade de se proceder à *interpretação histórica*⁹ dos comandos legislativos envolvidos,

⁹ Conforme esclarece Luis Roberto Barroso, a interpretação histórica “consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos.” *In: Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998, p. 124.

mais especificamente aqueles previstos nos artigos 177, 178, § 10.º, VI do CC de 1916 e 1.º do Dec. 20.910/32, e artigo 1º da Lei Federal nº 9.494/97.

Quando os dispositivos legais acima mencionados foram promulgados, apresentavam a nítida missão de reafirmar a prescrição quinquenal das pretensões indenizatórias em face do Poder Público, bem assim de dispensar tratamento diferenciado para a Fazenda Pública em relação à regra prevista no artigo 177 do Código Civil de 1916, que estabelecia o prazo de 20 (anos) para o ajuizamento das demandas cujo objeto fosse a reparação civil. O objetivo da Lei Federal n.º 9.494/97 e do Decreto n.º 20.910/32 era, nitidamente, beneficiar a Fazenda Pública, não podendo, por isso, permanecer em vigor diante de nova norma geral mais benéfica, trazida ao ordenamento jurídico pelo artigo 206, § 3.º do Código Civil de 2002.

Ganhou fôlego o argumento acima utilizado com o fato de o Código Civil de 2002 ter confirmado a máxima legislativa de diminuição dos prazos prescricionais para todas as pretensões, sobretudo as indenizatórias.

Por sua relevância e importância, traz-se à colação último argumento fundamental à tese da NÃO subsistência da prescrição quinquenal das pretensões indenizatórias contra a Fazenda Pública, notadamente o fato de *o próprio Decreto 20.910/32 (que poderia ser invocado como regra especial frente ao Código Civil, conforme acima se mencionou), no artigo 10¹⁰, estabelecer que, em caso de conflito de normas relativas à prescrição, deverá prevalecer aquela que estabelecer o menor prazo prescricional em favor da Fazenda Pública.*

Em razão do acima exposto, conclui-se que, como regra, o prazo prescricional das pretensões indenizatórias contra a Fazenda Pública é de três anos, na medida em que o artigo 206, § 3.º, V do Código Civil de 2002 derogou parcialmente o prazo prescricional de cinco anos previsto no artigo 178, § 10.º, VI do Código

¹⁰ “Art. 10º. - O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes, das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras”.

Civil de 1916, no artigo 1.º do Dec. 20.910/32 e no artigo 1º da Lei Federal nº 9.494/97¹¹.

Importante registrar que o Superior Tribunal de Justiça tem firmado o seu entendimento nos exatos termos aqui sustentados, conforme é possível concluir dos arestos abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INJUSTA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PRAZO PRESCRICIONAL. CONTAGEM. NOVO CÓDIGO CIVIL.

I - Trata-se de ação de indenização por danos morais, ajuizada contra a União, pelo fato de a autora haver sofrido prisão injusta decretada pela Justiça Federal.

II - A teor do artigo 2.028 do novo Codex, a lei anterior continuará a reger os prazos, quando se conjugarem os seguintes requisitos: houver redução pela nova lei e, na data de vigência do novo Código, já se houver esgotado mais da metade fixado pela lei revogada (Decreto nº 20.910/32, no caso).

III - In casu, não foi observado o segundo requisito, porquanto entre a data do evento danoso (09.04.2002) e a vigência do novo Código Civil (janeiro/2003), transcorreu menos de 1 (um) ano, não chegando à metade do prazo anterior, ou seja, pelo menos dois anos e meio. Dessa forma, a contagem do prazo prescricional é a de 3 (três) anos, fixada pelo artigo 206, § 3º, V, do Codex, e deve ser contada a partir da vigência dele. Precedente citado: REsp nº 982.811/RR, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, julgado em 02.10.2008.

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 1066063 / RS - RECURSO ESPECIAL 2008/0129512-0 - Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO. 2007/0204697-8 - 1ª Turma do STJ- julg. em 11-11-08, pub. DJU em 17-11-08).

¹¹ No mesmo sentido apresentam-se as doutrinas de José dos Santos Carvalho Filho, *In Manual de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 451, e de Carlos Roberto Gonçalves, *In Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESO. LESÕES CORPORAIS. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VALOR. REDUÇÃO. AGRAVO RETIDO. PRAZO PRESCRICIONAL. CONTAGEM. NOVO CÓDIGO CIVIL.

I - Trata-se de ação de indenização movida contra o Estado de Roraima, por meio do qual se busca a reparação por danos sofridos pelo recorrido enquanto se encontrava recolhido à cadeia pública, onde o Tribunal a quo fixou a indenização a título de danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

II - Em agravo retido foi suscitada a ocorrência da prescrição da ação, tendo em conta a redução do prazo prescricional disposta no novo Código Civil (artigo 206, § 3º, V).

III - A teor do artigo 2.028, do novo Codex, a lei anterior continuará a reger os prazos, quando se conjugarem os seguintes requisitos: houver redução pela nova lei, e, na data de vigência do novo Código, já se houver esgotado mais da metade fixado pela lei revogada (Decreto nº 20.910/32, no caso).

IV - In casu não foi observado o segundo requisito, porquanto da data do evento danoso (dezembro/2000) até a vigência do novo Código (11.01.2003), passaram-se apenas 2 (dois) anos, 1 (um) mês e alguns dias, ou seja, menos da metade do prazo de 5 (cinco) anos fixado pela lei revogada. Dessa forma, a contagem do prazo prescricional é a de 3 (três) anos, fixada pelo artigo 206, § 3º, V, do Codex, e deve ser contada a partir da vigência dele. Precedentes: AgRg no REsp nº 698.128/DF, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 23.10.2006, REsp nº 848.161/MT, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 05.02.2007, REsp nº 905.210/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 04.06.2007.

V - Prescrição que não se verifica, pois a ação foi ajuizada em 21.03.2005, quando não ultrapassados ainda os 3 anos, considerando a data da vigência do novo Código Civil.

VI - Quanto ao valor indenizatório, tenho que este Superior Tribunal de Justiça em ocasiões como a presente vem miti-

gando os rigores da súmula nº 7/STJ, para reduzir a indenização em patamares razoáveis.

VIII - Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido para reduzir a indenização ao valor de R\$ 20.000,00. (REsp 982811 / RR - RECURSO ESPECIAL. Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO 2007/0204697-8 - 1ª Turma do STJ- julg. Em 02/10/2008 e publicado no DJe de 16/10/2008)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por igual, também tem se posicionamento no mesmo sentido do que se sustenta neste trabalho¹². Confira-se:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. QUEDA EM BURACO DE VIA MUNICIPAL. ACOLHIMENTO DA PRESCRIÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRAZO REDUZIDO PELO NCC. EVENTO OCORRIDO POSTERIORMENTE À DATA DO INÍCIO DA SUA VIGÊNCIA. REVOGAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO TRIENAL, CONSUMADA NA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. DESPROVIMENTO DO APELO”. (2007.001.57337. DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO - Julgamento: 15/04/2008 - TERCEIRA CAMARA CÍVEL)

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA, QUE TERIA ATRAVESSADO A LINHA FÉRREA EM PASSAGEM CLANDESTINA. ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL. INAPLICABILIDADE DO CDC AO CASO, EIS QUE A VÍTIMA NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE CONSUMIDOR, SEQUER POR EQUIPARAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL REGIDO PELO ART. 206, § 3º, V DO CÓDIGO CIVIL. O PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ART. 1-C DA LEI N. 9494/97 FOI INSTITUÍDO COMO PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUANDO O PRAZO PRESCRICIONAL COMUM ERA DE VINTE ANOS. ASSIM, QUIS O LEGISLADOR QUE AS PES-

¹² Em verdade, temos sustentado a tese posta neste trabalho desde o ano 2004, quando concluímos o curso de Mestrado na Universidade Candido Mendes, bem assim após a publicação da obra *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Ed. Lumen Juris, 2005.

SOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E AQUELAS DELEGATÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS SE BENEFICIASSEM COM MENOR PRAZO PRESCRICIONAL. NÃO SE VISLUMBRAM, POR ISSO RAZÕES PARA SE APLICAR A LEI INVOCADA PELO APELANTE, JÁ AGORA QUANDO O CÓDIGO CIVIL VEIO ESTABELECEER MENOR PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO DESPROVIDO”.

(Apelação Cível: 2009.001.12295 (Apelante: Marco Aurélio de Souza Silva e Outro- Apelados: Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S.A.- Vara de Origem: 28ª Vara Cível da Comarca da Capital - Relatora: Des. Luisa Cristina Bottrel Souza)

Digno ainda anotar três observações que se reputam relevantes e que, certa maneira, constituem exceções à tese acima sustentada.

Se o dano decorrer de uma situação em que o Estado for inserido em uma *relação de consumo*, na qualidade de fornecedor de serviço, sustenta-se que nesta hipótese excepcional (*vez que nem toda prestação de serviço público se enquadrará em uma típica e formal relação de consumo! Não há que se confundir usuário de serviço público - artigo 37 § 3º, inciso I da CRFB/88 - com consumidor de serviço privado!*), o prazo de prescrição será de cinco anos, à luz do que estabelece o artigo 27 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que aí sim se apresentará como norma específica a afastar a aplicação genérica do Código Civil de 2002.

Há ainda a necessidade de trazer uma especificidade dentro da exceção acima aventada. Isto é, na hipótese da prestação de *serviço público de transporte de passageiros* por uma pessoa jurídica de direito público e/ou de direito privado prestadora de serviço público, temos que o dever de indenizar deve ser regulado pelo artigo 37, § 6º da CRFB/88, e a prescrição regulada pelo Código Civil de 2002 e não pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A razão para este posicionamento decorre do fato de o contrato de transporte de pessoas ter sido regulado às inteiras pelo atual Código Civil nos artigos 730 a 756, fato que o torna regra específica frente ao Código do Consumidor. Por esta razão,

sustenta-se que quando há dano decorrente de falha na prestação de serviço público de transporte de pessoas, inclusive quando prestado por concessionária de serviço público, o prazo prescricional será de três anos, nos moldes do artigo 206, § 3.º, V, do Código Civil atual.

A segunda e terceira observações são: (i) o prazo de *prescrição intercorrente* nas ações que reclamarem reparação civil em face da Fazenda Pública permanece inalterado, isto é, continua a ser de dois anos e meio, como expressamente previsto na parte final do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942¹³; e (ii) os fatos administrativos praticados antes da vigência do Código Civil de 2002, dos quais já houver transcorrido mais da metade do prazo previsto pela legislação anterior, isto é, dois anos e meio, continuam a ser regidos pelos artigos 178, artigo § 10º, inciso VI do Código Civil de 1916 e pelo Decreto n.º 20.910/32, em virtude da norma expressa no artigo 2.028 do Novo Código Civil.

II.1. Prescrição de pretensão indenizatória de anistiado político

Por fim, mas não sem relevância, reservam-se últimas palavras para tema por demais importante no cenário jurídico democrático brasileiro, qual seja, o da existência ou não de prazo prescricional para a dedução de pretensão indenizatória em face do Poder Público para o recebimento de indenização decorrente de danos oriundos do regime político militar.

A matéria foi inicialmente regulada pelo artigo 8º, § 3º do ADCT, que assim dispõe:

“Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclu-

¹³ Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio

sivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

(...)

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

Observe-se que o ADCT delegou à legislação infraconstitucional a missão de regulamentar o tema, sobretudo o modo da obtenção da referida reparação civil, o que, por certo, inclui a previsão de prazos para o exercício dos referidos direitos.

No plano nacional foi editada a Lei Federal nº 10.559 de 13 de novembro de 2002, que regulou às inteiras os direitos dos anistiados políticos, não prevendo, em nenhum dos seus vinte e dois artigos, a hipótese de imprescritibilidade de ação indenizatória em face do Poder Público, o que permite a conclusão da aplicação da trienal, nos termos antes expostos.

Pois bem. Nada obstante o acima exposto, o Superior Tribunal de Justiça, na maioria de suas decisões, tem entendido que não há falar-se em prazo de prescrição para demandas que versem sobre pretensões indenizatórias por danos ocorridos no regime militar, porquanto não é possível estabelecer-se prazo de prescrição para

o exercício de um direito fundamental tão importante. Confirmem-se os fundamentos na ementa abaixo transcrita, cuja relatoria competiu à eminente e ilustre Ministra DENISE ARRUDA:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANISTIA (LEI 9.140/95). ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 16 DA LEI 10.559/2002. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.

1. Não viola o art. 535, I e II do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que decide, motivadamente, todas as questões arguidas pela parte, julgando integralmente a lide.

2. A pretensão indenizatória decorrente de violação de direitos humanos fundamentais durante o Regime Militar de exceção é imprescritível. Inaplicabilidade da prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32.

3. A Lei 10.559/2002 proíbe a acumulação de: (I) reparação econômica em parcela única com reparação econômica em prestação continuada (art. 3º, § 1º); (II) pagamentos, benefícios ou indenizações com o mesmo fundamento, facultando-se ao anistiado político, nesta hipótese, a escolha da opção mais favorável (art. 16).

4. Não há vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, porquanto se tratam de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas: aquela visa à recomposição patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), ao passo que esta tem por escopo a tutela da integridade moral, expressão dos direitos da personalidade. Aplicação da orientação consolidada na Súmula 37/STJ.

5. Os direitos dos anistiados políticos, expressos na Lei 10.559/2002 (art. 1º, I a V), não excluem outros con-

feridos por outras normas legais ou constitucionais. Insere-se, aqui, o direito fundamental à reparação por danos morais (CF/88, art. 5º, V e X; CC/1916, art. 159; CC/2002, art. 186), que não pode ser suprimido nem cerceado por ato normativo infraconstitucional, tampouco pela interpretação da regra jurídica, sob pena de inconstitucionalidade.

6. Recurso especial desprovido”.

(REsp 890930/RJ RECURSO ESPECIAL 2006/0221228-8. REsp 890930/RJ. RECURSO ESPECIAL 2006/0221228-8- 1ª Turma do STJ, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, julg. 17-05-07, publicado no DJ 14/06/2007 p. 267)

Com o devido e merecido respeito ao posicionamento majoritário do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ousa-se, modestamente, com ele não concordar, na medida em que a tese da imprescritibilidade da ação indenizatória que tem por causa um dano oriundo do período ditatorial vivenciado por este país viola o *princípio da segurança das relações jurídicas*, e, com isso, o artigo 6º da *Lei de Introdução ao Código Civil* e o artigo 5, inciso LV da *CRFB-88*, na medida em que cria, sem previsão legal e/ou constitucional específica e clara, situação em que o Estado poderá ser demandado em qualquer tempo por pessoa que se sentir lesada por atos oriundos daquele regime.

Com o devido e merecido respeito daqueles que pensam em sentido contrário, nem a Constituição da República de 1988 nem os Códigos Cíveis de 1916 e de 2002 preveem hipótese clara e expressa de imprescritibilidade de ações pessoais a serem ajuizadas em face da Fazenda Pública, de modo a justificar a exceção a danos oriundos do “Regime de Ferro”. Por isso, sustenta-se correta a tese sufragada pela jurisprudência minoritária do STJ, nos termos dos arestos abaixo transcritos:

“ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS DURANTE O REGIME MILITAR. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TERMO A QUO.

1. A divergência jurisprudencial, ensejadora do conhecimento do recurso especial pela alínea c, deve ser devidamente demonstrada conforme as exigências dos arts. 541, parágrafo único do CPC e 255 do RISTJ, o que não ocorreu no caso. (REsp 796272/MS, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 02.08.2007; REsp 897839/MG, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 06.08.2007).

2. É de cinco anos o prazo prescricional da ação de indenização contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição de “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza”. Na fixação do termo a quo desse prazo, deve-se observar o universal princípio da actio nata.

3. No caso, a ação foi ajuizada em 06.08.2003, cerca de trinta e nove anos após a ocorrência do evento danoso que constitui o fundamento do pedido, o que evidencia a ocorrência da prescrição.

4. Recurso especial a que se nega provimento.”

(REsp 972770/RS - RECURSO ESPECIAL 2007/0171741-8 Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI-PRIMEIRA TURMA-DJ 08.10.2007 p. 244)

“ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS DURANTE O REGIME MILITAR. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TERMO A QUO.

1. É de cinco anos o prazo prescricional da ação de indenização contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição de “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza”. Na fixação do termo a quo desse prazo, deve-se observar o universal princípio da actio nata.

2. No caso, a ação foi ajuizada em 13.06.2005, cerca de vinte anos após a ocorrência do evento danoso que constitui o fundamento do pedido, o que evidencia a ocorrência da prescrição.

3. Recurso especial a que se dá provimento.”

(REsp 911841/PE - RECURSO ESPECIAL 2006/0278086-6 Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI-PRIMEIRA TURMA-DJ 09.04.2007 p. 245)

Diante do acima exposto, apresenta-se melhor a tese que propõe a existência de prazo prescricional (trienal) para o ajuizamento de ação indenizatória em face do Poder Público por danos ocorridos durante o regime militar, contados da vigência da Lei Federal nº 10.559, de 13 de novembro de 2002 ou da decisão do processo administrativo instaurado sob o seu comando, vez que mesmo o exercício desse direito fundamental deve ser ponderado com outros direitos e postulados fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, máxime o princípio da segurança das relações jurídicas previsto no artigo 5º, inciso LV da CRFB/88. 

O Ideário Democrático na Interpretação Constitucional: Estudo de Caso

André Felipe Alves da Costa Tredinnick
Juiz de Direito do TJ/RJ

1. INTRODUÇÃO

A palavra *democracia* vem do grego *δημοκρατία*, *dēmokratīā*, a partir de *δημος*, *dēmos* (“povo”) ou *δημιος*, *demios*, (“do povo, público, escolhido entre o povo”¹) e *κράτος*, *kratos* (“governo” ou “força, robustez, domínio, poderio, vitória”²). Remonta, portanto, às noções mais fundamentais da organização humana, na qual as pessoas, reunidas em festividades ou assembléias, muitas vezes ao final de uma batalha³, tomavam as decisões que afetavam a todos. Daí, temos democracia como *domínio do povo, poder do povo*.

Ocorre a democracia quando as pessoas, em reunião, escolhem os rumos que a coletividade deseja seguir, de forma direta e imediata, sem nenhuma interferência ou intermediação.

Na aurora da Idade Contemporânea, a noção de democracia se transubstancia na concepção da escolha dos dirigentes da coletividade por alguns de seus membros, no desenho clássico da democracia liberal representativa.

Hoje, já superadas as restrições do voto limitado a uma elite econômica, gênero ou faixa etária, chegamos ao sistema vigente, como estabelece a Constituição da República: “Todo poder emana

¹ ISIDRO PEREIRA, *Dicionário Grego-Português e Português-Grego*, 8ª ed., Livraria A.I., Braga, 1998.

² *Idem*.

³ *Ilíada de Homero*, I, 120-6, tradução de Haroldo de Campos, São Paulo, Arx, 2003.

do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição” (parágrafo único, artigo 1º).

Somos assim um Estado Democrático de Direito, na moldura de democracia liberal.

Essa forma de governo⁴, tão criticada e combatida ao longo da história, impõe assim a escolha dos representantes do povo pelo próprio, em regra que por evidência se espraia por todos os demais Poderes e Órgãos do Estado, que se pretendem instituições democráticas.

Não há qualquer espaço para outra forma de regime dentro da opção pelo Estado Democrático de Direito. Sua densidade repele outras formulações que lhe são antagônicas.

2. DESENVOLVIMENTO DA TESE: A NORMA DO ARTIGO 96, I, “A” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. SEU SIGNIFICADO

A norma do artigo 96 da Constituição Federal de 1988 (“Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos (...)”), estatui uma regra que diz respeito tão somente à garantia da autonomia e independência do Poder Judiciário.

Em sua integralidade, diz o texto constitucional:

“Art. 96 - Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;”

É certo que o princípio da separação dos poderes impõe que cada um destes tenha plena autonomia em sua organização inter-

⁴Consoante a classificação adotada por PAULO BONAVIDES (Ciência Política, 6a ed.: Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 223 ss.

na, em especial no que diz respeito à escolha de seus órgãos diretivos, e neste ponto não há mais discussão em nossa atual ordem constitucional, como já houve no passado (infra, n. 2).

O ponto é se a forma utilizada, de um colégio eleitoral restrito, atende aos princípios constitucionais mencionados.

A análise de tal questão se dará pelo estudo da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2012-9⁵, que entendeu que a Emenda Constitucional nº 7, de 11 de março de 1999, que modificou o artigo 62 da Constituição Paulista, seria inconstitucional, em uma análise liminar.

Nenhum dos Poderes da República poderá afirmar-se independente e autônomo, como reza o artigo 2º da Constituição, se não puder escolher, livremente, dentre os seus membros, aqueles que comporão os seus órgãos dirigentes.

Mas a regra consagraria o autogoverno ou a autoadministração do Poder Judiciário?

Em nosso sistema presidencialista a regra do artigo 96, I, “a” da Constituição como consagra o autogoverno da magistratura. Isto porque a autonomia da magistratura, quanto à designação e escolha dos membros de seus órgãos dirigentes, constitui-se em verdadeiro autogoverno, na medida em que tal termo impõe a responsabilidade dos seus dirigentes de uma forma vertical, assegurando o julgamento de uns magistrados por outros, de instância superior (e. g., artigo 96, III; artigo 105, I, “a” e artigo 102, I, “c”, da C.F.).

Neste sentido, temos a lição de Alexandre de Moraes, (**Direito Constitucional**, 6ª ed.: Atlas, 1999) mencionando precedente originário do Tribunal de Justiça da Bahia, em que o governador do Estado nomeava os desembargadores diretamente: “O processo de provimento dos cargos de desembargador, por acesso dos juízes de carreira, deve ser iniciado e completado no âmbito do próprio

⁵ O julgamento da liminar ainda está pendente de um voto. O Ministro Ricardo Lewandowsky substituiu o Ministro Nelson Jobim, que pediu exoneração do cargo para se dedicar a carreira política da qual era originário (<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>).

Tribunal de Justiça, não admitindo a participação de qualquer dos outros poderes do Estado.” (Inf. STF 43, ADIn 202-BA, Rel. Min. Otávio Gallotti, em 5-9-96. Precedentes: ADIn 314-PE (Pleno 4-9-91) e ADIn 189-RJ (RTJ 138/371, p. 425).

Da mesma forma, Pinto Ferreira (**Comentários à Constituição Brasileira**, 4º v.: Saraiva, 1992, São Paulo, p. 24): “Autogoverno da magistratura. As regras do artigo 96 consagram o autogoverno da magistratura, viabilizados por garantias objetivas ou institucionais. Os tribunais exercem de modo geral funções políticas, legislativas, normativas e administrativas, como consignadas no artigo 96, I e II. A primeira função, prevista no artigo 96, I, “a”, em sua ordem interna, é a de eleger seus órgãos diretivos (presidentes e demais titulares de sua direção). Qualquer outro critério que não seja o da eletividade é inconstitucional.”

Em igual sentido, José Cretella Júnior, (**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, v. VI, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, p. 3.033) escreveu que: “Eleição de seus órgãos diretivos. Cabe privativamente aos tribunais, mediante eleição interna, selecionar os órgãos que irão dirigir o colegiado: Presidente, Vice-Presidente, e outros.”

Sobre a atual Constituição, Celso Ribeiro Bastos (**Comentários à Constituição do Brasil**, 4º volume, tomo III: Saraiva, 1997, p. 75) escreveu, a propósito do citado artigo 96, I, “a”: “As atribuições enumeradas (incisos I, II e III) são conferidas em caráter privativo, é dizer, com exclusividade aos Tribunais de todo o País. Compete privativamente aos Tribunais a escolha de seus Presidentes, Vice-Presidentes e demais componentes dos órgãos que irão dirigir o colegiado. *É bom ressaltar que a escolha deverá ser feita mediante eleição interna, sendo inconstitucional a adoção de qualquer outro critério.*”⁶ (grifei)

Esta é a única razão pela qual se inseriu tal dispositivo, dentro da tradição brasileira de constitucionalizar normas não materialmente constitucionais.

⁶No mesmo sentido, ressaltando a reserva constitucional na matéria, ou seja, para tal decisão, somente a Lei Complementar (LOMAN) pode regular a matéria: ADI-MC 1152 / RJ - RIO DE JANEIRO, 1994.

Resta, portanto, interpretar o alcance da norma. Especificamente, se tal dispositivo chancela a prática de um colégio eleitoral restrito ou se, ao revés, impõe a ampla participação dos membros efetivos do Poder Judiciário na escolha dos seus órgãos diretivos.

3. A COMPREENSÃO DA NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 96, I, “A”, PRIMEIRA PARTE

“Onde não existem dúvidas, não se interpreta.” Com esta singela frase, Konrad Hesse abre o capítulo de sua obra **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**⁷ dedicado à interpretação constitucional.

Nem sempre, contudo, ter-se-á a premissa da dúvida, como exigência para a atividade da interpretação constitucional.

Ocorre que a lei necessita ser compreendida pelo seu aplicador, o que exige a atividade de entendimento ou apreensão do seu conteúdo⁸.

Há expressões na Constituição que são inequívocas, como por exemplo, a regra da proibição da pena de morte, posto que ninguém pretenda a discussão sobre o significado da palavra morte, ou tortura, e assim por diante.

A “*competência privativa dos tribunais para eleger seus órgãos diretivos*” (artigo 96, I, “a”, primeira parte, da CF), exclui a possibilidade de participação de todos os magistrados no processo eletivo, ou antes, a impõe?

3.1) Uma breve noção acerca da evolução da interpretação da norma jurídica em geral, e da constitucional em particular

Para a solução deste problema, e para guiar-se nesta busca, deve o hermeneuta valer-se da *técnica de interpretação*.

Essa técnica vem evoluindo ao longo do tempo, refletindo o aprimoramento do sistema democrático.

⁷ Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 53/54.

⁸ Apud CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil, v. I, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1994, p. 123 ss.

Evoluiu também a partir da recusa da “teoria da única interpretação correta”, de caráter autoritário, repelida por Manoel Jorge e Silva Neto⁹ com dois fundamentos: a impossibilidade de uma interpretação “verdadeira” e a dificuldade do conceito de “verdade”.

Luís Roberto Barroso já lecionou¹⁰ sobre a evolução da interpretação jurídica, começando pelo jusnaturalismo, com os problemas decorrentes de se conceber uma ideia do direito puramente subjetiva, passando pelo positivismo jurídico, que pregava a subserviência inumana, totalitária, ao Direito escrito, chegando à velha *dogmática tradicional*, segundo a qual a interpretação jurídica seria um mero processo de aplicação da lei ao caso concreto, sem maiores considerações, sendo o juiz apenas “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” (Montesquieu, *De l’esprit des lois*, livre XI, chap. 6, 1.748), não lhe competindo qualquer papel interpretativo.

O absurdo desta compreensão¹¹ levou a soluções como a teoria crítica do direito, que preconiza “a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação.”¹²

Chega-se, então, ao *pós-positivismo* e à *Normatividade dos Princípios* onde há uma superação do positivismo jurídico, e um retorno reflexivo¹³ ao período jusnaturalista, com uma nova reaproximação da ética com o Direito, sem a necessidade, contudo, de que tal se desse pela concepção de um *lógos* universal.

Recusa-se uma ideia de verdade, em prol da construção permitida por um diálogo permanente.

⁹ *Curso de Direito Constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 79/80.

¹⁰ “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro” (in *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, 2001, p. 11 e ss.)

¹¹ “*Summum ius, summa iniuria.*”

¹² BARROSO, *op. cit.*, p. 21

¹³ Conforme a concepção original e extensiva de PROCCLO, retomada no Renascimento por PICO DELLA MIRANDOLA (*De Ente et Uno*), para os quais o retorno aos princípios seria um novo conceito do caminho para a renovação.

Assim, atualmente, admite-se que a melhor interpretação será aquela que se deixar guiar pela compreensão de que, além do direito escrito, deve-se reconhecer a normatividade dos princípios e a natureza essencial dos direitos fundamentais.

“Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não¹⁴, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”, e assim, “servem de guia para o intérprete.”¹⁵

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central¹⁶.

A Constituição se torna, atualmente, um modo de olhar e interpretar toda a atividade social, que no campo jurídico se chama de filtragem constitucional, pela qual toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

3.2) Empregando os métodos tradicionais de interpretação, para a compreensão do significado do termo “tribunal”, confor-

¹⁴ Aqui, Luís Roberto Barroso cita JÜRGEN HABERMAS (*Direito e Democracia: entre felicidade e validade*, v. 1997, p. 303), ao mencionar decisão do Tribunal Constitucional Alemão: ‘O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é a tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões’”.

¹⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶ Entre estes princípios, temos o princípio da razoabilidade, pelo qual o Judiciário pode invalidar os atos legislativo e administrativo, quando não houver adequação entre o fim perseguido e o meio empregado, quando a medida adotada não seja exigível ou necessária, existindo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado, exigindo-se o mínimo de prejuízo para o direito individual e quando não houver proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. Tal princípio não se traduz em voluntarismo por parte do Poder Judiciário, e sim abre caminho para uma ação construtiva para se criar o melhor resultado. Outro princípio é o da dignidade da pessoa humana, que é composto por um mínimo existencial, ou seja, o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável para o desfrute da própria liberdade. Aqui temos a renda mínima, o acesso à saúde básica e educação fundamental e o acesso à justiça.

me inserido no artigo 96, I, “a”, primeira parte, da Constituição Federal

Os métodos tradicionais de interpretação são classificados, de um modo geral, como sendo a interpretação gramatical, histórica, lógica e sistemática. Embora limitados, apontam a solução do problema.

3.2.1) Os métodos gramatical, lógico e sistemático

Estes são métodos utilizados como ponto de partida para a identificação de inconsistências, com vistas à decidibilidade do problema¹⁷.

O método de *interpretação literal ou gramatical*, que leva em conta os termos do texto constitucional¹⁸, emprega uma análise filológica, para encontrar o real sentido da palavra, não deixa qualquer dúvida quanto ao sentido do termo “tribunal”, empregado no artigo 96, I, da Constituição Federal.

Parte-se do pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma.

Tribunal não é sinônimo de órgão colegiado, ou de “instância superior”, mas sim significa “o conjunto dos magistrados ou os magistrados ou pessoas que administram a justiça.”

A palavra “Tribunal” vem do latim, *tribunal*, que era o “lugar onde se sentavam os tribunos”, daí: “Tribuna onde se sentavam os magistrados, os juízes” (Cícero, “*Verrinas*” 2, 94), segundo o **Dicionário Escolar Latino-Português**, org. por Ernesto Faria, ed. MEC, 1955, p. 933).

Etimologicamente ingressa no português em 1549, conforme o “Tractado moral de lououres & perigos dalgus estados seculares”, composto por Sancho de Noronha, segundo o **Dicionário Houaiss** (ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, 1ª ed, p. 2765), sendo utilizada para designar a “...cadeira de juiz ou magistrado,

¹⁷ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*: Atlas, São Paulo, 1988, p. 260 ss.

¹⁸ *Apud* NAGIB SLAIB FILHO, “Hermenêutica Constitucional”, *in* *Revista de Direito da EMERJ*, v. 4, n. 16, p. 75.

ext., local de julgamento judicial” (**Dicionário Etimológico Nova Fronteira**, Antônio Geraldo da Cunha, 2ª ed, p. 788, Rio de Janeiro, 1996), ou “o estrado em que nas casas destinadas ao julgamento e à administração da justiça tomavam assento os juízes e outras pessoas de distinção.” (Caldas Aulete, **Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**, ed. Delta, Rio de Janeiro, 1958, v. 5, p. 5079).

Modernamente, assenta-se que “Tribunal” “é o órgão de soberania onde se discutem, julgam e decidem questões forenses e do contencioso administrativo, onde se fazem os julgamentos, onde se administra a justiça, assegurando a defesa dos direitos e interesses juridicamente protegidos dos cidadãos. (**Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea**, da Academia das Ciências de Lisboa, ed. Verbo, v. II, 2001, p. 3632).

Assim também Caldas Aulete: “Casa das audiências judiciais, onde se julgam e decidem as questões forenses, e as do contencioso administrativo. Lugar onde se é julgado. Os magistrados ou pessoas que administram a justiça. A junta ou sessão de magistrados. (**Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**, ed. Delta, Rio de Janeiro, 1958, v. 5, p. 5079) e o **Dicionário Houaiss** (*op. cit.*, *loc. cit.*): “...2. jur. Lugar em que se realizam as audiências judiciais e se fazem os julgamentos. 3. jur. Conjunto dos magistrados ou pessoas que administram a justiça.”.

Em matéria jurídica, escreve De Plácido e Silva (**Vocabulário Jurídico**, ed. Forense, edição universitária, v. III, 1ª ed., 1987, p. 417): “Tribunal- Do latim *tribunal* (assento dos magistrados); de *tribunus*, nome dado ao magistrado romano, que defendia o povo, ou a *tribus*, no Senado Romano, em sentido lato, entende-se *todo magistrado*, ou *colégio de magistrados*, a que se defere uma jurisdição. E, assim, tribunal tanto se refere à autoridade administrativa, como à autoridade judicial, ao juiz singularmente considerado, como ao colégio de juizes. Na terminologia do direito francês, tribunal designa o magistrado, ou o corpo de magistrados, exercendo uma jurisdição, em regra, de caráter inferior, sendo os tribunais de ordem superior denominados de Cortes (*Cours*).

Na linguagem do direito brasileiro, Tribunal tanto designa o que tem jurisdição superior, como aquele que este se subordina. Tribunal, no conceito do direito processual brasileiro é somente o órgão judicante coletivo, isto é, o grupo, ou colégio de juízes, a que se comete jurisdição para administrar a justiça, em determinado território, assim se distinguindo dos órgãos judiciários singulares, constituídos pelos juízes.”

Por fim, segundo o dicionário AURÉLIO, que registra entradas pelo verbete “tribunal”, e pelo verbete “tribunal de justiça”: “Do lat. *Tribunale*, cadeira de juiz ou magistrado. Jurisdição dum magistrado, ou de um corpo de magistrados que julgam em conjunto. Casa onde se discutem e julgam as querelas judiciais. Entidade moral capaz de formar juízo e considerar-se juiz. Tudo que julga. Lugar onde se é julgado. Corpo coletivo superior; conselho. Ant. Designação genérica de qualquer órgão de deliberação coletiva, fosse de natureza administrativa, ou judiciária, ou consultiva, etc. e Tribunal de justiça. Bras. Órgão colegiado constituído de juízes de segunda instância (desembargadores), com jurisdição comum, subdividido em seções, câmaras ou turmas, e competente para julgar os recursos das decisões de primeira instância e as causas originárias que lhe são reservadas por lei; foro.”

Processualmente, ou seja, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal, temos tal definição, nos capítulos próprios.

Terá querido o constituinte designar tribunal de tal forma? Vimos que sua vontade não é guia da interpretação constitucional, eis que se deve utilizar dos modernos critérios de interpretação aberta, e da inserção da norma em um contexto.

Seguramente, por esta forma de interpretação, não resta dúvida de que o termo “tribunal” empregado no artigo 96 da Constituição Federal refere-se a totalidade dos magistrados que fazem parte do mesmo.

Ao se empregar a *interpretação lógica ou racional*, pretende-se “desvendar o sentido e o alcance da norma, estudando-a por meio de

raciocínios lógicos¹⁹, analisando os períodos da lei e combinando-os entre si, com o escopo de atingir perfeita compatibilidade”²⁰, método que se emprega *pari passu* com a *interpretação sistemática*, que pressupõe a “unidade do sistema jurídico do ordenamento”²¹, segundo a qual uma norma não existe isoladamente, e deve o intérprete, portanto, investigar qual a tendência dominante nas várias disposições existentes sobre matérias correlatas²². Por ele, “relaciona-se a norma com outras que digam respeito ao mesmo objeto”²³.

A Constituição Federal emprega quase duzentas vezes a palavra “tribunal” e seu plural “tribunais”.

Excetuando-se as vezes em que utilizou a palavra como referência aos tribunais superiores ou de segunda instância da Justiça Federal ou órgãos administrativos estranhos ao Poder Judiciário (Tribunal de Contas), é somente no Capítulo III (“Poder Judiciário”), do TÍTULO IV (“Da Organização Dos Poderes”), onde podemos visualizar que a palavra foi empregada tanto na acepção do gênero, como sinônimo de *Poder Judiciário*, a indicar o todo, o conjunto de magistrados (juízes e desembargadores), quanto na da espécie, quando se empregou o termo “tribunal” como sinônimo de *órgão de segunda instância* (ou instância recursal, ou o órgão composto por desembargadores).

¹⁹ Como procedimentos para esta interpretação, recomenda TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR: 1º) uma atitude formal, que procura solucionar eventuais incompatibilidades pelo estabelecimento: a) de regras reais quanto à simultaneidade de aplicação de normas, que introduzem critérios de sucessividade (lei posterior revoga a anterior), de especialidade (lei especial revoga a geral), de irretroatividade (lei posterior não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido) ou de retroatividade (pode retroagir, para dar a solução mais justa ao caso); b) de regras alusivas ao problema da especialidade, tendo em vista a aplicação das normas em territórios diversos (*lex loci* da celebração do negócio jurídico); 2º) uma atitude prática, para evitar incompatibilidades à medida que elas forem se apresentando, repensando as disposições normativas. (p. ex.: soluções da jurisprudência). 3º) atitude diplomática, que recomenda ao intérprete, tentando evitar incompatibilidades em certo momento e em determinadas circunstâncias, buscando uma solução, ainda que provisória, para o caso.

²⁰ MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*: Saraiva, São Paulo, 1988, p. 388.

²¹ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 262.

²² *Apud* CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³ MARIA HELENA DINIZ, *op. cit.*, p. 389.

Excetuando-se os casos em que o emprego foi indubitável²⁴, ou quando se distingue a espécie do gênero, como na hipótese do artigo 125, § 1º²⁵, ou quando há atribuição de funções ao tribunal, como por exemplo, nas disposições do artigo 93, II, d²⁶, VIII²⁷, 95²⁸ e 126²⁹, existem hipóteses em que o texto constitucional não fez tal distinção.

Nestas hipóteses, não é permitido ao intérprete permear a norma com qualquer tipo de interpretação que represente uma redução de alcance do princípio democrático, mormente afastando a norma do sistema, que se dirige pelo Estado Democrático de Direito.

Este, sem dúvida, é o caso do artigo 96, I, “a”, da Constituição.

Para reforçar a robustez desta conclusão, alcançada pela interpretação sistemática, vemos que nos últimos anos, impôs-se a tendência da escolha democrática dos órgãos de direção das demais funções essenciais à justiça, como o Ministério Público³⁰, a

²⁴ Como no Título IX da Constituição, que trata das suas “disposições gerais”: “Art. 235 - Nos dez primeiros anos da criação de Estado, serão observadas as seguintes normas básicas: IV - o Tribunal de Justiça terá sete Desembargadores;”

²⁵ “Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.”

²⁶ “d) na apuração da antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;”

²⁷ “o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa;”

²⁸ “Art. 95 - Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;”

²⁹ “Art. 126 - Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.”

³⁰ No Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar estadual n. 67 de 31 de outubro de 1990, que alterou a Lei Complementar n. 28 de 21 de maio de 1982, estabelece que: “Artigo 7º - A Chefia do Ministério Público é exercida pelo Procurador-Geral de Justiça, nomeado pelo Governador do Estado dentre os integrantes da carreira indicados em lista triplíce, para mandato de dois (2) anos. § 1º - A lista de que trata o presente artigo será composta em eleição a ser realizada de dois em dois anos no dia 14 de dezembro (dia nacional do

Defensoria Pública³¹ e a Ordem dos Advogados do Brasil³², tratadas no mesmo título que o Poder Judiciário.

De modo que é assistemático prever-se a escolha dos cargos dirigentes dos Tribunais por um colegiado restrito, método incompatível, de toda sorte, com o princípio democrático.

3.2.2) O método histórico

O método histórico, rotulado frequentemente como mero elemento da atividade da hermenêutica³³, remete o intérprete às “normas que vigoraram no passado e que antecederam a nova disciplina para, por comparação, entender os motivos condicionantes

Ministério Público), mediante voto obrigatório direto e secreto de todos os membros do Ministério Público, considerando-se classificados para integrá-la os três concorrentes que, individualmente, obtiverem a maior votação. § 2º - Em caso de empate, considerar-se-á classificado para integrar a lista o candidato mais antigo na carreira, ou, sendo igual a antiguidade, o mais idoso. § 3º - Somente poderão concorrer à eleição os membros do Ministério Público que tenham mais de dois (2) anos de efetivo exercício na carreira e que dela não estejam afastados. § 4º - Vetado. § 5º - Caso o Chefe do Poder Executivo não efetive a nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos quinze (15) dias que se seguirem ao recebimento da lista tríplice, o candidato mais votado será investido no cargo pelo órgão Especial do Colégio de Procuradores, nos três dias úteis subsequentes.”

³¹ No Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar n. 95, de 21 de dezembro de 2000, que altera a Lei estadual 2.657 de 26 de dezembro de 1996: “Artigo 7º - A Chefia da Defensoria Pública é exercida pelo Defensor Público Geral do Estado, dentre os integrantes da classe final e da classe intermediária da carreira, maiores de trinta e cinco anos e com mais de 03 (três) anos de carreira, indicados em lista tríplice, para mandato de 04 (quatro) anos, coincidente como mandato do Governador do Estado. § 1º - A lista de que trata o presente artigo será composta em eleição a ser realizada na primeira quinzena de novembro do último ano do mandato do Governador do Estado, mediante voto direto, unipessoal, obrigatório e secreto de todos os membros da Defensoria Pública, considerando-se classificado para integrá-la os três concorrentes que obtiverem a maior votação.” (D.O. Poder Executivo de 22/12/2000, p. 1).

³² Estabelece o artigo 63 da Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da O.A.B.): “Art. 63. A eleição dos membros de todos os órgãos da OAB será realizada na segunda quinzena do mês de novembro, do último ano do mandato, mediante cédula única e votação direta dos advogados regularmente inscritos. § 1º A eleição, na forma e segundo os critérios e procedimentos estabelecidos no Regulamento Geral, é de comparecimento obrigatório para todos os advogados inscritos na OAB.”

³³ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, *loc. cit.* (“A origem histórica da lei é fato às vezes ponderável na apuração das modificações por que passa a legislação em um dado momento”).

de sua gênese”³⁴, utilizando-se também os textos que registram a discussão sobre a norma.

Pode-se afirmar que faz parte da tradição constitucional de nosso país que o Poder Judiciário eleja seus órgãos dirigentes, como um resultado do Princípio da Separação dos Poderes, sem a interferência do Poder Executivo ou do Legislativo, com algumas oscilações ao longo das nossas sucessivas Cartas.

Em nossa primeira Constituição, ainda no Império (1824) assegurava-se a independência do Poder Judiciário (artigo 151), mas não se previa expressamente a eleição *interna corporis* dos seus dirigentes.

Surge a regra pela primeira vez com a República, prevendo a Constituição de 1891 que “os tribunais federais elegerão *de seu seio* os seus presidentes e organizarão as respectivas secretarias” (artigo 58, grifei), dentro da ótica que prevaleceu para nossa Federação.

A previsão constitucional do autogoverno do Poder Judiciário desaparece na ambígua Constituição de 1934 (artigo 67, “a”), que refletia as ideias liberais das revoluções de 1930 e 1932, e totalitárias então em voga³⁵, e na Constituição de 1937 (artigo 93, “a”), a “polaca”, de feição unitária e de inspiração fascista.

A regra volta com a democratização, como se observa na Constituição de 1946 (artigo 97. “Compete aos tribunais: I- eleger seus presidentes e demais órgãos de direção.”), sendo repetida, *ipsis litteris*, na Constituição outorgada pelo ditadura militar, no ano de 1967 (artigo 110, I), que estabelecia a independência formal do Poder Judiciário, não obstante o obscurantismo inaugurado a partir de então.

³⁴ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 263.

³⁵ “A Constituição de 1934 teve vida curta. Ao mesmo tempo em que tentou estabelecer uma ordem liberal e moderna, buscou também fortalecer o Estado e seu papel diretor na esfera econômico-social. O resultado não agradou a Vargas, que se sentiu tolhido em seu raio de ação pela nova Carta. Em seu primeiro pronunciamento, Getúlio tornou pública sua insatisfação; em círculos privados, chegou a afirmar que estava disposto a ser o “primeiro revisor da Constituição.”, “A Era Vargas. Anos de Incerteza - 1930-1937. A Constituição de 1934” (fonte: http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos30-37/ev_constituicao_1934.htm).

A “Emenda Constitucional” n. 01 de 1969, nova Constituição de fato, cristalização do recrudescimento do regime militar, modificou a redação do dispositivo, estatuidando que “Compete aos Tribunais: I- eleger seus presidentes e demais titulares de sua direção;” (artigo 115).

Findo oficialmente o regime de exceção, a atual Constituição da República estabelece que: “art. 96 - Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos (...);”.

Sem destoar, vale ressaltar que mesmo diante da ordem constitucional pretérita, o entendimento se mantém.

Assim, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, (**Comentários à Constituição Brasileira - Emenda Constitucional n. 01 de 17 de outubro de 1969**, 2º volume, ed. Saraiva, 1974, p. 235), comentando o artigo 115, I: “Defere a Constituição aos Tribunais a escolha de seus presidentes e demais componentes dos órgãos que dirigirão seus trabalhos. A previsão parece óbvia. Entretanto, nos Estados Unidos, o Presidente da Suprema Corte é nomeado pelo presidente da República, embora vitaliciamente.”

Também Themistocles Brandão Cavalcanti³⁶, discorrendo sobre o artigo 97 da Constituição de 1946, que estatuiu (“Compete aos tribunais: eleger seus presidentes e demais órgãos de direção...”): “O texto é mais amplo e preciso do que os daqueles já encontrados nas Constituições de 1891 (artigo 58, parágrafo 1º) e de 1934 (artigo 67). A eleição do Presidente e órgãos de direção é inerente à própria independência do órgão coletivo. É uma delegação de poderes que envolve o prestígio e o interesse coletivo do Tribunal. Não obstante, sob o regime da Carta de 1937, o Presidente do Supremo Tribunal Federal passou a ser livre escolha do Presidente da República, entre os Ministros do Tribunal. O preceito já foi revogado, voltando ao regime tradicional da eleição, consagrado no texto constitucional.”

Tal norma existe e se mantém em nossa tradição constitucional, afora os períodos mencionados, para assegurar a independên-

³⁶ A Constituição Federal Comentada, 3ª ed., v. II, José Konfino, 1956, p. 301.

cia do Poder Judiciário, prevista expressamente no artigo 2º o da *Charta Magna*, que não poderia existir ou vicejar se dependesse o Poder Judiciário da ingerência de representante de outro dos Poderes da República na escolha de seus dirigentes.

Discorrendo sobre a Constituição de 1946, Pontes de Miranda dizia que “nenhuma Constituição estadual pode entregar ao Governador, ou à Assembléia legislativa, a designação do Presidente dos Tribunais de Justiça, ou outros quaisquer. Tão pouco dar a presidência ao mais antigo, ou de qualquer modo excluir a eletividade.” (Comentários à Constituição de 1946, ed. Boffoni, Rio de Janeiro, v. II, p. 170, mantendo idêntico comentário, na obra **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 01, de 1969**, tomo III, 2ª ed., ed. RT, São Paulo, 1970, p. 585).

3.2.3) O método teleológico e axiológico

Enquanto no *método teleológico*, “verifica-se o fim prático da norma, observando que o objetivo e a razão da lei são indicados pelas exigências sociais que ele é chamado a satisfazer”³⁷, o *método axiológico* “funda-se na apreensão dos valores tutelados pela norma jurídica, nos princípios postos pela norma constitucional, de modo a fazer prevalecer, em cada caso, o valor de patamar superior”³⁸, chegaremos à conclusão de que a norma do artigo 96, I, “a” da Constituição não teve por outro objetivo senão o de instituir a autonomia do Poder Judiciário, sob os auspícios da democracia.

No preâmbulo da Constituição³⁹, ao se estatuir que os representantes do povo brasileiro têm a finalidade de instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício de diversos princípios, entre eles a igualdade, como valor supremo de uma sociedade fraterna e pluralista, não é possível enxergar-se que um dos Poderes da República fosse menos democrático do que os demais.

³⁷ EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, atualizado por SILVA PACHECO, v. 1º, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1995, p. 165.

³⁸ NAGIB SLAIB FILHO, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁹ Conforme texto oficial, publicado no *Diário Oficial da União* n. 101-A, de 05 de outubro de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional

No subsequente “Título I” da Constituição, que trata dos “Princípios Fundamentais”, vemos que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, fundado no “pluralismo político”⁴⁰, o que exclui a possibilidade de deliberação autocrática da condução de um dos poderes da República.

Por fim, o *standart* da igualdade entre os poderes, inerente à independência e à harmonia que viceja entre eles, consoante o artigo 2º da Lei Fundamental⁴¹, impede a existência de organização de um dos Poderes de forma não democrática ou oligárquica.

3.3) Empregando os métodos de interpretação constitucional específicos, para a compreensão do significado do termo “tribunal”, conforme inserido no artigo 96, I, “a”, primeira parte, da Constituição Federal

A discussão até aqui travada, embora apresente resultados satisfatórios para a tese defendida, não encerra a questão.

A busca pela consolidação democrática, pela harmonização da norma constitucional, através da construção de uma sociedade “pluralista” (artigo 1º, V, CF) e “livre, justa e solidária” (artigo 3º, I, CF), somente será alcançada com a aplicação dos métodos específicos e hodiernos de interpretação das normas constitucionais.

Interpretação constitucional é concretização (KONRAD HESSE, *op. cit.*, p. 61). Constituição e realidade não podem ser isoladas uma da outra. Para a realização da Constituição, não basta

Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁴⁰ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V - o pluralismo político.”

⁴¹ Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

ater-se ao seu texto linguístico. Para poder dirigir a conduta humana em uma determinada situação, a norma precisa ser concretizada. Para a concretização, deve-se atentar para as particularidades da vida real. A concretização do conteúdo da norma constitucional somente é possível com o emprego das condições da “realidade” que essa norma está determinada a ordenar.

Dentro desta concepção, podem-se sintetizar os cânones empregados para a interpretação constitucional:

a) o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma fora da existência histórica. É necessário que o hermenauta insira a origem da norma dentro de um contexto histórico, tendo em conta ainda a evolução do direito constitucional naquele campo.

b) Procedimento de concretização das normas constitucionais: não pode haver método de interpretação autônomo. Não se pode usar um único método de interpretação.

*c) Limites da interpretação: a **constitutio scripta** é um limite insuperável. Não pode haver mutação constitucional por interpretação. A letra da norma constitucional não pode ser distorcida pela sua interpretação.*

d) Só se declara a inconstitucionalidade de uma norma jurídica acima de qualquer dúvida razoável. Se há dúvida quanto à constitucionalidade de uma norma, deve-se entendê-la como constitucional.⁴²

e) Interpretação conforme a constituição. Uma lei não deve ser declarada nula quando ela puder ser interpretada em consonância com a Constituição. Ocorre de duas formas: aplicando-se a interpretação compatível com a Constituição ou pela superação de uma dúvida ou ambigüidade da norma em questão pela determinação, pelos demais dispositivos da própria Constituição. Em nenhum caso uma lei deve ser declarada nula se a inconstitucionalidade não é evidente, se existem somente objeções, por mais sérias que sejam. “O

⁴² NAGIB SLAIB FILHO, *op. cit.*, p. 89.

*legislador democrático tem a presunção de constitucionalidade de sua vontade*⁴³.

Interpretação constitucional é, portanto, uma atividade que transcende a simples aplicação do direito, ou a compreensão e a explicitação do sentido de uma norma⁴⁴, tamanho o grau de influência desta atividade no corpo social.

Deve-se buscar, dentro desta inafastável perspectiva, uma verdadeira *democratização da interpretação constitucional*, através da participação neste processo de todos os grupos ou indivíduos que vivem a norma, posto que “quem vive a norma acaba por interpretá-la, ou ao menos co-interpretá-la”, na feliz expressão de Peter Häberle⁴⁵.

Desta forma, temos como consequências desta ótica que o juiz constitucional não interpreta no processo constitucional de forma isolada, e que a “Corte constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com sua atualização públi-

⁴³Apud H. HESSE, *op. cit.*, p. 73. Hoje, a regra é mencionada no artigo 28, parágrafo único, da lei 9.869/99, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

⁴⁴Idem, H. HESSE, *Grudzüge*, p. 21.

⁴⁵ *Hermenêutica Constitucional*, ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1997, p. 13. Veja-se também o que já foi mencionado sobre o tema, consoante a doutrina pungente de LUIS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, e supra, n. 3.2. JÜRGEN HABERMAS, partindo da mesma concepção de interpretação constitucional a partir de uma “comunidade de intérpretes”, estatuiu que “o direito legítimo se reproduz apenas através de uma circulação do poder constitucionalmente regulada”, que se alimenta da comunicação de uma esfera pública não corrompida e enraizada no núcleo das esferas privadas de um mundo da vida não distorcido, através das redes da sociedade civil.” (“Between Facts And Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy”), citado por GISELE CITTADINO (1988-1998, *Uma Década da Constituição*, p. 359), que acrescenta, com propriedade: “Em outras palavras, (...) o cidadão atua decisivamente no âmbito da sociedade civil e da esfera pública política, a sua vontade e opinião, ainda que informais, interagem e influenciam as decisões e deliberações tomadas no âmbito do sistema político.” (*op. cit.*, *loc. cit.*). Não se deve, aqui, imaginar qualquer comunhão com a tese do direito norte-americano do chamado “minimalismo judicial”, defendida por CASS SUNSTEIN (“Sobre o Minimalismo Judicial de Cass Sunstein”, resenha de FLÁVIO GALDINO, *in Arquivos de Direitos Humanos*, v. 2, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 173 ss.), que prega, em casos onde não haja consenso na sociedade, que a Corte Constitucional abstenha-se de examinar a causa, durante determinado período.

ca”⁴⁶, ou seja, pelas manifestações públicas e por meio de ensaios e discussões sobre o tema.

Assim, e desde que a Constituição é “um espelho da publicidade e da realidade”⁴⁷, e, mais que isso, é “também a fonte de luz”⁴⁸, possuindo uma função diretiva eminente, não se pode conceber a referida norma do artigo 96, I, “a” da Constituição Federal de 1988 como algo isolado de todo o sistema constitucional, nem tampouco impermeável às opiniões da sociedade.

4- A SOCIEDADE ABERTA INTERPRETA A CONSTITUIÇÃO

A democracia é algo tão óbvio e inerente às pessoas, é tão basilar para permitir o relacionamento social, que mesmo as mais simples organizações humanas refletem seu princípio básico: o direito de todos escolherem o destino comum, ainda que por meio de seus representantes.

A natureza política do ser humano, já estabelecida por Aristóteles⁴⁹, impõe tal concepção.

Assim, dos condomínios em edificações⁵⁰, aos sindicatos⁵¹, aos clubes privados, passando pelas Universidades pú-

⁴⁶ PETER HÄBERLE, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁷ PETER HÄBERLE, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁸ No original: *Sie ist auch die Lichtquelle*, *idem, ibidem*.

⁴⁹ “ (...) É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem.”, ARISTÓTELES (O Político, Capítulo I, parágrafo 9º, Ediouro, p. 13).

⁵⁰ Onde é intuitivo que o síndico será eleito pela maioria dos condôminos, como se vê na Lei 4.591/64: “Art. 22. Será eleito, na forma prevista pela Convenção, um síndico do condomínio, cujo mandato não poderá exceder de 2 anos, permitida a reeleição e § 5º O síndico poderá ser destituído, pela forma e sob as condições previstas na Convenção, ou, no silêncio desta pelo voto de dois têrços dos condôminos, presentes, em assembléia-geral especialmente convocada.” Note-se ainda que o artigo 24, § 4º foi modificado pela Lei 9.267 de 25/03/1996, passando a admitir que mesmo os inquilinos passassem a votar nas assembléias: “Nas decisões da Assembléia que não envolvam despesas extraordinárias do condomínio, o locatário poderá votar, caso o condômino-locador a ela não compareça.

⁵¹ CLT: “Art. 529 - São condições para o exercício do direito do voto como para a investidura em cargo de administração ou representação econômica ou profissional: a) ter o associado mais de 6 (seis) meses de inscrição no Quadro Social e mais de 2 (dois) anos de exercício da atividade ou da profissão; b) ser maior de 18 (dezoito) anos; c) estar no gozo dos direitos sindicais. Parágrafo único - É obrigatório aos associados o voto nas eleições sindicais.”

blicas⁵², não se poderia conceber qualquer destes aglomerados humanos onde vicejasse a não participação de todos aqueles que possuem íntima ligação com aqueles, sob pena de configurarem injustiça e questionáveis privilégios.

Ainda que a marcha constitucional seja inevitável, mesmo instituições não democráticas, e muito mais complexas, já tiveram historicamente seu momento democrático, como anota Leonardo Boff⁵³.

Nos demais Poderes da República, que se situam no mesmo patamar que o Poder Judiciário, o Executivo e o Legislativo, o que se vê é a plena e direta participação do povo (Executivo) ou de todos os seus membros na escolha de suas “mesas”, ou seja, seus órgãos diretivos e representativos⁵⁴.

⁵² Lei nº 1.115 de 16 de janeiro de 1987 (“Dispõe sobre a forma de elaboração de lista tríplice para nomeação do Reitor e Vice-Reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ”): Art. 1º - “O Reitor e Vice-Reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, serão nomeados pelo Governador do Estado, dentre professores indicados em lista tríplice, resultante de eleição direta realizada nos termos desta Lei. (...)”.

⁵³ Que lembra, com a erudição que lhe é peculiar, que na Igreja Católica, o Papa era eleito pela comunidade eclesíástica e de fiéis, mencionando RUDOLF FISCHER-WOLLPERT, no livro *Léxico dos Papas - de Pedro a João Paulo II* (Ed. Vozes, Petrópolis, 1991, p. 263-267), o verbete “Eleição do Papa”, onde se historia todo o processo da escolha do Papa: “Nos primórdios da Igreja, o bispo de Roma (como também os demais bispos) era eleito pelo clero e pelo povo da cidade” (p. 263). “Isso vigorou até 1509, quando o Papa Nicolau II decretou que os cardeais-bispos escolhessem os nomes para papa, apresentando-os depois aos cardeais-clérigos. Há a eleição. Mas compete ao clero e ao povo acolher ou não o nome da escolha. Se não houver o aplauso do povo, procede-se a nova eleição. Como se depreende, embora não votem, têm poder de fazer e desfazer o Papa, o que equivale a um poder de decisão negativa. Sem o povo não há papa. Isso funcionou até 1274 quando o Concílio Ecumênico de Lião estabeleceu que os cardeais da Cúria Romana, após a morte do Papa (sem esperar os cardeais de fora) se reúnem num recinto fechado a chave (conclave) para escolher o sucessor. O povo fica totalmente de fora. Até os dias de hoje. Mas em todo o cristianismo até o ano mil valia o pensamento jurídico antigo segundo o qual “tudo o que interessa a todos, deve ser decidido por todos.” E aí entrava o povo na eleição de vários ministérios (funções de serviço) na Igreja também do Papa.”

⁵⁴ Nos regimentos internos das duas Casas Legislativas do Congresso Nacional, não se vê qualquer disposição que diga, ainda que indiretamente, que somente poderão votar para a escolha dos membros das Mesas somente os congressistas mais antigos, ou mais votados, ou de determinado partido ou coligação, ou oriundos de determinado Estado da Federação. No Senado: “No início de legislatura, os Senadores eleitos prestarão o compromisso regimental na primeira reunião preparatória; em reunião seguinte, será realizada a eleição do Presidente e, na terceira, a dos demais membros da Mesa;”, conforme o Artigo 3º, V, da Resolução nº 93, de 1970, segundo o sítio do Senado Federal (www.senado.gov.br).

Se não estivesse prevista a escolha dos Presidentes das Casas por todos os seus membros, além de evidentemente inconstitucional, por ferir todo o ordenamento constitucional, estaria consagrado um verdadeiro regime oligárquico dentro do Congresso.

Mencione-se ainda, o que se disse sobre as funções essenciais à justiça (como o Ministério Público, a Defensoria Pública, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, e a O.A.B., no plano federal), quando se falou sobre o método de interpretação sistemática.

Veja-se que na impossibilidade de o Governador do Estado continuar no cargo, assim como seu Vice-Governador e o Presidente da Assembleia Legislativa, quem assumiria o cargo seria o Presidente do Tribunal, no caso, eleito por um número máximo de poucas centenas de desembargadores.

Dentro desta perspectiva, já é assunto corrente entre os magistrados a necessidade de adoção de um sistema democrático de escolha dos representantes do Poder Judiciário.

Assim, no “XVII Congresso Brasileiro de Magistrados - Natal/RN, 24 a 27 de outubro de 2001”, que teve como conclusões a chamada “Carta de Natal”⁵⁵, propuseram, entre outras medidas destina-

⁵⁵ “Os magistrados brasileiros reunidos no XVII Congresso Brasileiro de Magistrados, realizado na cidade de Natal, Rio Grande do Norte, considerando a inadiável necessidade de uma ordem jurídica justa e acessível a todos visando à afirmação nacional e ao fomento da cidadania e da paz social; considerando que é dever do juiz lutar pela preservação da independência e das prerrogativas da magistratura, indispensáveis à construção dessa ordem como garantia do cidadão; considerando que os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos são intangíveis conquistas da humanidade que não podem ser restringidas em nome da segurança; considerando a premência de uma equânime repartição das riquezas para acesso de todos aos bens sociais, a eliminação da pobreza e da exclusão social; considerando o papel transformador do juiz:

REAFIRMAM seu compromisso com a Nação em defesa da Justiça, da Ética e da Democracia e sua crença na superação desse grave momento por que passa a humanidade, mediante o aperfeiçoamento das instituições e o alcance da paz mundial.

REPUDIAM, por inadmissível, qualquer restrição aos direitos constitucionais proposta em nome da segurança contra o terrorismo internacional, por constituir ameaça ao Estado Democrático de Direito e ensejar leis e atos de exceção.

ENTENDEM que a reforma do Poder Judiciário deve preservar as garantias da magistratura, assegurar o amplo acesso à Justiça, a efetividade das decisões judiciais, a independência dos juizes, a transparência administrativa, a autonomia financeira dos Tribunais e a participação de todos os juizes nas administrações dos Tribunais a que estão vinculados. PROPUGNAM a reforma e democratização do Poder Judiciário mediante a concretização das

das à modernização e moralização do Poder Judiciário, que devem ser feitas *“Eleições diretas, pelo voto de todos os juízes vitalícios, para os órgãos diretivos dos Tribunais, admitindo-se a possibilidade constitucional de sua instituição pelos Tribunais Estaduais, mediante proposta de emenda às respectivas Constituições.”*

Propôs-se, assim, a efetivação da democracia na órbita do Poder Judiciário, superando-se o atual sistema não representativo e autóctone, segundo o qual os cargos diretivos são preenchidos

seguintes proposições, expostas nos painéis, palestras e debates:

1. Repúdio à possibilidade de demissão de juízes por decisão administrativa, por configurar quebra da garantia da vitaliciedade indispensável à liberdade de julgamento e às garantias constitucionais dos cidadãos.
2. Rejeição da instituição de súmulas vinculantes por constituírem invasão de competência e usurpação de parcela de soberania confiada ao Poder Legislativo, propondo-se, como solução alternativa, a adoção da súmula impeditiva de recurso objetivando a celeridade dos julgados.
3. Eleições diretas, pelo voto de todos os juízes vitalícios, para os órgãos diretivos dos Tribunais, admitindo-se a possibilidade constitucional de sua instituição pelos Tribunais Estaduais, mediante proposta de emenda às respectivas Constituições.
4. Criação de Ouvidorias, em todos os Tribunais, para o estabelecimento de vias de comunicação direta com a sociedade.
5. Repúdio ao nepotismo, com vedação normativa expressa dessa prática relativamente aos três Poderes.
6. Eleições, por todos os juízes vitalícios, de metade da composição dos Órgãos Especiais dos Tribunais, sendo a outra metade composta pelo critério de antigüidade.
7. Manutenção da competência dos Juízes Estaduais para o julgamento dos crimes contra os direitos humanos, como preservação do princípio do juiz natural.
8. Ampliação da competência da Justiça do Trabalho para julgamento de todos os dissídios, individuais e coletivos, decorrentes de relações de trabalho.
9. Proibição de sessões secretas e exigência de fundamentação de todas as decisões administrativas dos Tribunais.
10. Participação de magistrados, escolhidos pelo voto direto de todos os juízes, na composição de Conselhos de Justiça e da Magistratura.
11. Fixação, por Resolução dos Tribunais, de critérios objetivos para a promoção por merecimento, observada a quinta parte mais antiga dos juízes, devendo as escolhas ser realizadas em sessões públicas
12. Preservação do critério de antigüidade na indicação para o exercício da jurisdição eleitoral e no preenchimento de pelo menos metade das vagas destinadas à remoção do juiz na carreira.

REITERAM sua crença na democracia como a única solução segura e duradoura para composição dos conflitos sociais, de legítimo exercício de poder e fortalecimento do Poder Judiciário como guardião da Constituição, da Justiça, da Liberdade e das esperanças dos cidadãos. Não há segurança nem Paz sem Justiça! Natal, 27 de outubro de 2001. ANTÔNIO CARLOS VIANA SANTOS - Presidente.”

pelo voto apenas dos desembargadores do Tribunal de Justiça, e juizes de alçada, nos Estados-membros que ainda os possuem.

5. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 07 DE 11 DE MARÇO DE 1999, DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dentro destes inúmeros contextos e anseios inquebrantáveis, o Estado de São Paulo tornou-se pioneiro ao erigir ao texto constitucional estadual a regra, de forma explícita, prevendo a eleição direta, por parte de todos os magistrados, de cargos de chefia do Poder Judiciário local, através da Emenda Constitucional nº 007, de 11 de março de 1999.

Eis o seu texto: Art. 001 ° - O *caput* do art. 062 da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 062 - O Presidente e o 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor Geral da Justiça comporão o Conselho Geral da Magistratura, e serão eleitos a cada biênio, dentre os integrantes do órgão especial, pelos Desembargadores, Juizes dos Tribunais de Alçada e Juizes vitalícios . Art. 002 ° - Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação.”

Foi, no entanto, objeto de representação por parte do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao Procurador Geral da República, que impetrou a ação direta de inconstitucionalidade n. 2012-9., sendo inicialmente indeferida a liminar, pelo Ministro Marco Aurélio, o que não foi confirmado, ao ser levada a matéria ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

6. AS OPINIÕES CONTRÁRIAS À TESE EXPOSTA

Toda busca da construção de um consenso democrático, e não como uma imposição autoritária e intolerante de uma verdade subjetiva, deve admitir-se enganosa, e sujeitar-se às críticas.

Esta é a filosofia autocrítica do conhecimento, defendida pelo filósofo Karl R. Popper⁵⁶, e por ele enunciada da seguinte

⁵⁶ *Sociedade Aberta, Universo Aberto (Offene Gesellschaft - offenes Universum)*, Publicações Dom Quixote, 3ª ed., Lisboa, 1995, p. 93 ss., em tópico sob o título “Tolerância e Responsabilidade Intelectual”.

forma: “*Se posso aprender contigo e quero fazê-lo no interesse da busca da verdade, então tenho não só de te tolerar, mas também de reconhecer como potencialmente portador dos mesmos direitos; a potencial unidade e igualdade de direitos de todos os homens é um pressuposto da nossa disposição para discutirmos racionalmente.*”⁵⁷.

Por este motivo, devem ser analisadas as objeções existentes contra a mudança no sistema de escolha dos órgãos diretivos do Poder Judiciário, tal como se tem defendido aqui.

Diversos argumentos têm sido trazidos a respeito da inconveniência da adoção da medida ora preconizada.

A mais comum argumentação é que seria inconveniente a “politização” do Poder Judiciário, o que traria a desavença para o seio da magistratura, desviando os magistrados de seu dever precípuo.

Tal oposição vem cristalizada na Carta n. 04 de 2001, do “Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil”, que foi resultado da reunião ocorrida na cidade de São Luis, Maranhão, tendo concluído os Presidentes, entre outras coisas, em: “4) repudiar quaisquer tentativas de submissão dos Tribunais de Justiça a controles que importem na quebra do princípio da autonomia dos estados; 5) Posicionar-se contra a pretendida extinção dos tribunais de Alçada, que fere o princípio federativo, e contra a tese das eleições diretas para os cargos de direção dos tribunais, pelas nocivas e graves conseqüências delas decorrentes; 8) Reafirmar sua crença na Democracia, caminho único para a composição dos conflitos sociais, e a necessidade do fortalecimento do Poder Judiciário como guardião da Constituição, garantia de liberdade e da Justiça e esperança do povo.”⁵⁸

A argumentação parte da premissa de que não há dissenso político entre os membros da última classe da magistratura nos Estados, os desembargadores, e que as eleições para os cargos diretivos do Poder Judiciário ocorrem placidamente, sem alterações.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁸ Conforme publicação do D.O. de 13/11/01, Poder Judiciário, Seção I, Estadual, p. 1 e 2.

No entanto, como é evidente, o embate político ocorre, com vivacidade, como em qualquer agremiação humana, sendo apenas restrito.

Nunca deixará de haver o embate de ideias e concepções quando se trata da escolha das pessoas que dirigirão a cúpula do Poder Judiciário, e todas as consequências que isto representa⁵⁹.

Ainda que se aceitem a temperança e a experiência dos mais antigos como algo palpável, não se pode deixar de afirmar que o regime exercido se trata do governo de poucos, em detrimento da imensa maioria de magistrados, dotados também das mesmas características do ofício, constituindo-se assim regime de governo divorciado dos princípios democráticos, consagrados na Constituição Federal.

⁵⁹ Como foi o caso da interposição da ADIn 2346-2, de 08/11/2000, contra decisão administrativa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde foi alterada a forma de concorrência aos cargos diretivos do Tribunal. Foram requerentes: Partido Social Liberal. PSL, e Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Data da distribuição: 08/11/2000. Relator : Celso de Mello. Objeto: Expressões sublinhadas e em destaque, da decisão administrativa do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (D.O., parte III, de 28 de abril de 2000. 1) reunido o plenário e aberta a sessão, será formada a lista dos desembargadores legitimados para concorrer às vagas da administração. 2) nos termos do artigo 102 da LOMAN, poderão concorrer a eleição os desembargadores mais antigos, desimpedidos, integrantes do órgão especial, na proporção e ordem de votação que se seguem: a) cinco (5) para presidente; b) quatro (4) para vice-presidente; c) três (3) para 2a. Vice-presidente; d) dois (2) para 3a. Vice-presidente; e) um (1) para corregedor-geral da justiça. 3) as recusas dos concorrentes serão apresentadas no início dos trabalhos, quando serão apreciadas pelo plenário. Em caso contrário, será obrigatória a aceitação da escolha. 4) estarão impedidos de concorrer: a) os titulares e ex-titulares de quaisquer cargos de direção por quatro anos, contínuos ou não, excluído um período de mandato inferior a um ano (art. 102, segunda parte da LOMAN); b) presidente ou ex-presidente, cujo mandato seja ou tenha sido de período igual ou superior a um ano (art. 102, segunda parte da LOMAN); c) os titulares e ex-titulares de cargos de direção, para um segundo mandato no mesmo cargo, em continuação ao primeiro, sendo ambos de tempo igual ou superior a um ano. 5) no caso de eleição de cargos isolados, para provimento temporário decorrente de vacância, os legitimados a concorrer serão correspondentes ao número de cargos vagos. 6) em todos os casos, será eleito aquele que obtiver a maioria simples dos votos. *Despacho medida cautelar*: 'Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Social Liberal, que busca a declaração da invalidade jurídico-constitucional de "dispositivos (...) da decisão administrativa do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, publicada no Diário Oficial do Estado, Poder Judiciário, parte III, de 28 de abril de 2000, que dispõe sobre as normas reguladoras que disciplinam o processo eleitoral para os cargos de direção do Egrégio Tribunal de Justiça

Estender a prática inegavelmente política e extremamente salutar da escolha dos membros dos cargos de direção da magistratura não é outra coisa senão consagrar-se a democracia no seio do Poder Judiciário, e responsabilizar todos seus membros por suas escolhas.

Outras instituições, insufladas pelos ventos democráticos da Constituição Federal de 1988, estabeleceram a escolha direta ou formação de listas tríplexes, e os resultados, ao longo de todos estes anos, revelam instituições unidas e fortes, sem o menor traço de corporativismo ou desdém pelo interesse público, muito ao contrário.

Quando o profissional do direito, seja ele juiz de direito, promotor de justiça, defensor público ou advogado, tem a certeza de pertencer a um corpo verdadeiramente democrático, sabe que nunca terá de se curvar perante interesses outros que não o de bem servir ao público, este profissional certamente trabalhará melhor, e a instituição progredirá a olhos vistos, renovada pela democracia.

Assim Fausto Cuocolo alerta que a independência funcional dos magistrados não é suficiente, por si só, para garantir a liberdade e objetividade da atividade jurisdicional - julgar -, sem estar acompanhada da independência organizativa da magistratura, isto é, a defesa dos juízes além do tribunal⁶⁰.

Acrescenta o constitucionalista peninsular, com inteira propriedade: *“Como diz a fórmula do juramento dos magistrados ingleses, o juiz deve poder conceder justiça ‘sem medo e sem favor, sem afeição e sem rancor’”. Se também se admite a sublimação do juiz no julgar, certo é que fora do tribunal o juiz retorna a ser*

(...) Sendo assim, tendo presentes as razões expostas - e considerando, sobretudo, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente aquela que desqualificou, como ato normativo, para efeito de fiscalização concentrada de constitucionalidade, a resposta dada, sem caráter vinculante, a consultas formuladas em tese (adi 1805-df, rel. Min. Néri da Silveira) - não conheço desta ação direta de inconstitucionalidade, por inexistir, na espécie, ato revestido de densidade normativa, ficando prejudicada, em consequência, a apreciação do pedido de medida cautelar'. DJ data: 01/02/2001".

⁶⁰ *Principi di Diritto Costituzionale*, ed. Giuffrè, Milano, 1996, p. 684 ss.

*homem, com os seus problemas e com as suas possíveis fraquezas. Se não é protegido das pressões, das adulações, das ameaças, como se pode garantir a eficácia real da própria independência funcional?”*⁶¹

7. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.012-9

A mais séria objeção a tese exposta foi dada pela votação, por maioria, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 2012-9, originária do Estado de SÃO PAULO, tendo como relator o Senhor MINISTRO MARCO AURÉLIO, e como parte-requerente o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fulcro no artigo 103, VI, da Constituição Federal e como parte-requerido a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por sua Mesa.

A referida ADIn visava à Emenda Constitucional n. 07 de 11 de março de 1999, que deu nova redação ao artigo 62 da Constituição Paulista, como se viu no item 04, ao argumento de que a mesma contrariaria os artigos 2º, 96, I, “a” e 96, II, “d” da Constituição Federal, que ora se encontra em andamento, com petição do presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, solicitando a definitiva apreciação da cautelar. arquivada na C.P.O., a partir de 27/06/2000, consoante informação obtida no sítio do STF⁶², no dia 10/02/2002.

Proposta com pedido de liminar, a mesma foi indeferida pelo Ministro Marco Aurélio, em março de 1999 e, levada ao pleno, tal decisão não foi referendada pelos Ministros que participaram do julgamento no Pleno do STF, em 04/08/1999, a saber: Ilmar Galvão, Maurício Correa, Sidney Sanches, Sepúlveda Pertence, Nélson Jobim e Nery da Silveira, ausente justificadamente o Ministro Celso de Mello.

8. ANÁLISE CRÍTICA DOS VOTOS DOS MINISTROS

O que se pode observar dos votos dos Ministros, levando-se em conta que a matéria foi objeto apenas de medi-

⁶¹ *Op. cit.*, p. 685.

⁶² www.stf.gov.br.

da liminar, vê-se que provavelmente a ausência de discussão prévia da matéria, inclusive com os membros do Poder Judiciário paulista, levaram o Supremo a adotar uma posição conservadora.

Foi o americanismo de Rui Barbosa que o levou a “adaptar” a Constituição Norte-Americana ao Brasil, pelo que temos um sistema em que o Poder Executivo indica os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Legislativo apenas os referenda, mediante uma sabatina *pro forma*, sem qualquer espécie de consulta aos demais membros do Supremo Tribunal Federal, que não possuem qualquer interferência no preenchimento dos cargos, não havendo sequer a imposição de concurso público ou do salutar exercício da magistratura, exigindo-se apenas a condição de brasileiro nato (artigo 12, § 3º, IV, CF), em pleno gozo da cidadania, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade e possuidores de notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 101, CF).

Este sistema, que necessita de aperfeiçoamento, impede por certo que haja uma imediata assimilação de institutos sutis como a democratização do Poder Judiciário, nas demais instâncias do Poder Judiciário.

Tal conservadorismo, tão característico de nossa história⁶³, leva ao receio a à desconfiança da adoção de novos rumos, ainda que estes encontrem perfeita adequação ao texto constitucional, e revelem apenas o cumprimento do destino democrático, inserido da Constituição Federal.

Seja como for, é inegável que os Ministros superaram a questão do vício de iniciativa, que também era causa de pedir da ação direta de inconstitucionalidade, ao estatuir que a Constituição apenas restringe a iniciativa de lei estadual ao Poder Judiciário,

⁶³ Foi o que o Ministro Marco Aurélio chamou, em seu voto, de misoneísmo, ou neofobia: “tendência de espírito ou atitude sistemática de hostilidade à inovação, à mudança (nos hábitos, ou padrões estabelecidos)”. “Não faltou, além disso, o constante argumento dos partidários eternos do *status quo*, dos que, temerosos do futuro incerto e insondável, só querem, a qualquer custo, o repouso permanente das instituições”, dizia SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, a respeito do movimento abolicionista (*Raízes do Brasil*, Companhia das Letras, 26a ed., São Paulo, 1995, p. 75).

sendo silente quanto ao poder constituinte decorrente de Emenda à Constituição Estadual.

Para superá-lo, somente a discussão ampla do tema pode diminuir as tensões e trazer o convencimento para os interessados. 

O Litisconsórcio Necessário “Facultativo” na Ação de Embargos à Arrematação à Luz do Princípio da Instrumentalidade Substancial das Formas

Daniel Roberto Hertel

Professor e Advogado. Pós-graduado em Direito Público e em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória.

1. INTRÓITO

Questão de suma relevância que permeia o dia a dia forense é a relacionada às nulidades processuais. De fato, não é raro que advogados aleguem a inobservância de determinadas formalidades processuais, evocando, pois, a respectiva declaração de nulidade.

É bem verdade, por outro lado, que o assunto relativo às nulidades processuais nem sempre recebeu, tanto por parte da doutrina quando por parte da jurisprudência, o devido tratamento. Quiçá isso se dê até mesmo em função do alto grau de dificuldade que permeia a matéria relativa às nulidades processuais¹.

De qualquer sorte, o que se pretende enfrentar, neste ensejo, são os consectários relativos à nulidade absoluta decorrente da ausência de formação do litisconsórcio passivo necessário em sede de ação de embargos à arrematação. Na verdade, mais do

¹ A advertência quanto à dificuldade da matéria é comum na doutrina. Cf. ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2. p. 255. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”. *Revista de processo*, São Paulo, ano 15, n. 60, p. 31-39, 1990.

que isso, pretende-se analisar a possibilidade de ser convalidada essa nulidade à luz do princípio da instrumentalidade substancial das formas.

A ação de embargos à arrematação constitui uma das formas de defesa do executado na execução, pois permite ao devedor que faça a impugnação das nulidades que ocorreram na realização da hasta pública, com a respectiva arrematação do bem. É comum, como se verá adiante, a advertência da doutrina e da jurisprudência no sentido de ser necessário formar-se litisconsórcio passivo entre o exequente e o arrematante nesta ação.

A ausência de formação do litisconsórcio no polo passivo da ação de embargos à arrematação, por ser tal litisconsórcio do tipo necessário, pode acarretar a nulidade absoluta do eventual julgamento. De qualquer modo, o que se pretende analisar neste azo é a possibilidade de ser mantido, pelo Tribunal, o julgamento *a quo*, desconsiderando-se a nulidade pela não formação daquele litisconsórcio com base no moderno princípio da instrumentalidade substancial das formas.

2. TIPOS DE LITISCONSÓRCIO

Cumprido, inicialmente, antes de analisar a questão relativa ao litisconsórcio necessário na ação de embargos à arrematação, tecer algumas considerações sobre o litisconsórcio, bem como sobre as suas diversas classificações. Na verdade, tais classificações são de grande relevância para a solução dos diversos problemas que envolvem a pluralidade de pessoas no processo.

O litisconsórcio consiste na pluralidade de pessoas em um dos polos ou em ambos os polos da relação jurídica processual².

² O litisconsórcio não se constitui na pluralidade de partes, mas sim de pessoas. De fato, em relação às partes, vigora o princípio da dualidade: sempre serão partes autor e réu. Como destaca Athos Gusmão, em jurisdição contenciosa, o processo supõe necessariamente a dualidade de partes, autor e réu, para perfeita integração da relação em processual em ângulo. Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7. Opina Dinamarco, contudo, em sentido diferente. Para o mencionado autor, no litisconsórcio vigora o princípio da pluralidade de partes. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2, p. 277. De qualquer sorte, há uma exceção ao princípio da dualidade de partes.

Trata-se, na verdade, de uma extensão subjetiva da relação jurídica processual, de sorte a abarcar mais de uma pessoa em um dos pólos ou em ambos os pólos da relação jurídica de natureza processual.

Cite-se, a guisa de exemplificação, situação na qual vários servidores demandam judicialmente a majoração de seus vencimentos com base na aplicação de determinado índice econômico.

O litisconsórcio tem sua *ratio essendi* no princípio da economia processual. Sua finalidade precípua é, com efeito, permitir a análise de diversas lides numa única relação jurídica processual, evitando-se a multiplicidade de processos. Por outras palavras: visa-se, em última análise, a atender ao princípio da economia processual, conglobando numa única relação jurídica lides relativas a diversas pessoas.

Note-se que, havendo litisconsórcio, não haverá pluralidade de procedimentos e nem de processos. O processo, como instrumento da atividade jurisdicional, é um só, a despeito da pluralidade de pessoas que figuram ou no pólo ativo ou no pólo passivo ou mesmo em ambos os pólos da relação jurídica processual³. Da mesma sorte, insta registrar que o procedimento será único para análise das diversas lides deduzidas.

O litisconsórcio pode ser classificado segundo quatro vertentes, que serão analisadas adiante.

Trata-se da situação em que há processo sem réu. Isso ocorre na ação de investigação de paternidade *post mortem*, quando o investigado não tiver deixado herdeiros e nem bens. A propósito, cf.: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006, p. 160.

³Consequência do exposto é que eventual decisão que venha a afastar um litisconsorte da lide, durante a tramitação processual, deverá ser hostilizada por meio de agravo de instrumento. No sentido do exposto: “PROCESSUAL CIVIL - AFASTAMENTO DE LITISCONSORTE PASSIVO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - RECURSO CABÍVEL - 1. Já está pacificado o entendimento de que o recurso cabível contra a decisão que afasta litisconsorte passivo da lide é o agravo de instrumento, independente da natureza da ação ou da causa de pedir. 2. Estando pacificado o entendimento do e. STJ quanto à matéria em exame, não há óbice para a aplicação do disposto no art. 557 do CPC no caso. 3. Agravo improvido” (TRF 4ª R. - AG-AI 2002.04.01.015461-6 - 3ª T. - Relatora Desembargadora Fed. Marga Inge Barth Tessler - DJU 04.09.2002 - p. 823).

2.1 Litisconsórcio Ativo, Passivo e Misto

A primeira vertente de classificação do litisconsórcio relaciona-se ao polo da relação jurídica processual em que ele é formado. Sob esse prisma, o litisconsórcio pode ser ativo, passivo ou misto.

O litisconsórcio ativo consiste na pluralidade de pessoas que integram o polo ativo da relação jurídica processual. Cite-se, como exemplo, situação em que os cônjuges ajuízam ação de execução de aluguéis em face do respectivo locatário.

De outro vértice, o litisconsórcio pode ser, também, passivo. Nesse caso, a pluralidade de pessoas situa-se no polo passivo da relação jurídica processual. Cite-se, como exemplo, situação em que uma ação de cobrança foi ajuizada em face de devedores solidários. Outro exemplo que pode ser citado é o dos embargos à arrematação, que são movidos em face do exequente e do arrematante.

Por fim, o litisconsórcio pode ser, ainda, misto. Neste caso, a pluralidade de pessoas situa-se em ambos os polos da relação jurídica processual. Basta citar, como exemplo, situação em que dois irmãos movem ação de indenização em face do preposto de uma sociedade empresária e também em face desta.

2.2 Litisconsórcio Necessário e Facultativo

Sob outro prisma, ou seja, sob o prisma da imprescindibilidade da sua formação, o litisconsórcio pode ser necessário ou facultativo. Dá-se o primeiro quando a presença de determinadas pessoas em um dos polos ou em ambos os polos da relação jurídica processual é obrigatória. O litisconsórcio necessário decorre da lei ou da natureza da relação jurídica.

Constitui exemplo de litisconsórcio necessário o que ocorre na ação de anulação de casamento aforada pelo Ministério Público. Nesse caso, deverão figurar no polo passivo ambos os consortes. Outro exemplo de litisconsórcio necessário ocorre nas ações que versem sobre direito real imobiliário de cônjuges. Nesse caso, ambos os consortes também devem figurar no polo passivo.

Esclareça-se, ademais, que nos termos do art. 47, parágrafo único do CPC, a não formação do litisconsórcio necessário, se não

sanada, poderá resultar na extinção do processo, em decorrência da presença de nulidade absoluta⁴. Por outras palavras: caso seja proferida sentença em caso de litisconsórcio necessário, com a sua não formação haverá nulidade absoluta no processo⁵.

A propósito, destaca Ovídio Baptista da Silva⁶ que, nos casos de não formação do litisconsórcio necessário, a nossa doutrina e a nossa jurisprudência filiaram-se à tese de Chiovenda, no sentido de que a sentença não produzirá qualquer efeito em relação ao terceiro que deveria ter figurado como litisconsorte. De qualquer sorte, registra o mencionado autor a existência de corrente diversa, prestigiando a tese de que a eficácia da sentença só não teria efeito contra o terceiro, que deveria ter figurado como litisconsorte, se houvesse algum tipo de prejuízo. Essa última corrente, como se demonstrará adiante, é a mais consentânea com o moderno direito processual civil.

O litisconsórcio pode ser, ainda, facultativo. Nesse caso, a sua formação queda a critério da parte. De qualquer modo, o litisconsórcio facultativo poderá ser formado nas situações mencionadas nos incisos do art. 46 do Código de Processo Civil. Cite-se como exemplo situação em que são demandados conjuntamente três devedores solidários. A formação do litisconsórcio, nesse caso, é facultativa, podendo o credor ajuizar a ação em face de um, de dois ou de todos os devedores (art. 46, inc. I do CPC c/c 275 do CC⁷).

⁴ No sentido do exposto, pode-se colacionar o seguinte julgado: “PRELIMINAR - LITISCONSÓRCIO PASSIVO - NECESSIDADE - ANULAÇÃO - Em havendo a necessidade de formação do litisconsórcio passivo, pedido não deferido em primeira instância e imprescindível à instrução do feito, são nulos todos os atos a partir da contestação, devendo-se retornar o processo à origem para sanar a nulidade com a citação dos ausentes e reinstrução do feito” (TJRO - AC 100.003.2005.005248-1 - 1ª C. Cív. - Relª Juíza Rosemeire Conceição dos Santos Pereira de Souza - J. 13.11.2007).

⁵ Nesse sentido, cf.: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 158.

⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento - arts. 1º ao 100**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 248.

⁷ Art. 46 do CPC. “Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide”. Art. 275 do CC. “O credor tem direito a exigir ou a receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”.

2.3 Litisconsórcio Unitário e Simple

Sob a ótica do resultado, o litisconsórcio poderá ser simples ou unitário.

Diz-se que o litisconsórcio é simples quando a decisão a ser proferida na causa poderá ser diferente em relação a cada litisconsorte. Imagine, à guisa de exemplificação, ação de indenização ajuizada em face de duas pessoas. O magistrado poderá reconhecer a obrigação de indenizar em relação a uma delas ou em relação a ambas. Ora, nesse caso, o resultado do julgado poderá ser diverso em relação a cada litisconsorte.

Por outro lado, considera-se unitário o litisconsórcio quando a decisão a ser proferida na ação tiver que ser idêntica para todos os litisconsortes. Cite-se exemplo da situação em que dois condôminos ajuizaram ação reivindicatória em face de uma determinada pessoa. Ora, nesse caso, o resultado da ação aforada deverá ser o mesmo tanto em relação a um condômino quanto em relação ao outro⁸.

2.4 Litisconsórcio Alternativo e Eventual

A doutrina não costuma reportar-se à categoria do litisconsórcio alternativo ou eventual. Na verdade, trata-se de classificação pouco utilizada, mas mencionada pela doutrina de qualidade.

Cândido Dinamarco⁹ registra que o litisconsórcio alternativo poderá ser formado quando existir uma dúvida razoável sobre o sujeito que deverá figurar no polo passivo da demanda. Nessa situação, o autor tem a faculdade de incluir no polo passivo da relação jurídica processual duas ou mais pessoas. A situação en-

⁸ A propósito registra Misael Montenegro o seguinte: "O litisconsórcio necessário pode ser simples ou unitário. Na primeira espécie, embora se exija a presença dos litisconsortes no feito para a validação da relação processual, pode a sentença ser disforme em relação a eles. Na segunda das espécies, há necessidade de que a sentença judicial surta os mesmos efeitos em relação a todos os litisconsortes. O juiz não pode julgar a ação procedente para uns e improcedente para os demais, sejam estes autores ou réus na demanda judicial" (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1, p. 312).

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2, p. 362 e 363.

contra amparo na Constituição Federal, no princípio que assegura a liberdade de demandar.

Cite-se o exemplo da ação de consignação em pagamento na qual é asseverado que há dúvida quanto a quem seja o credor de uma determinada obrigação. Nesse caso, há dúvida sobre a quem se deva legitimamente fazer o pagamento. A ação tem espeque no art. 898 do Código de Processo Civil. Imagine-se, então, situação em que o autor da consignatória alegue que dele está sendo exigido o pagamento de um mesmo tributo tanto por parte da Fazenda Estadual quanto por parte da Fazenda Federal. Ora, o litisconsórcio nessa situação será alternativo.

O litisconsórcio, por outro lado, será eventual quando houver uma ordem de preferência entre os demandados. Caso haja essa ordem, deixa o litisconsórcio de ser alternativo, passando a ser eventual. Como destaca Dinamarco, nesse caso, o autor não se limita a externar dúvida em relação ao polo passivo da demanda, mas nos externa uma preferência entre os demandados.

3. A DEFESA DO DEVEDOR E A AÇÃO DE EMBARGOS À ARREMATACÃO

A defesa do devedor na execução é matéria que merece tratamento apartado. De fato, há diversas peculiaridades em relação à defesa na execução, se cotejada com a defesa realizada no processo cognitivo. De qualquer modo, não se pretende aqui analisar toda a sistemática da defesa na execução, dado o objetivo deste trabalho, mas tão somente a defesa aviada por meio de embargos à arrematação.

3.1 Defesa do Devedor e o Contraditório na Execução

A aplicação do princípio do contraditório na execução constitui matéria divergente na doutrina. Theodoro Júnior¹⁰, por exemplo, defende a não aplicação do mencionado princípio na execução. Alexandre Câmara¹¹, por outro lado, defende a aplicação do

¹⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2, p. 5. Cita este autor, ainda, entendimento de Lopes da Costa e de Gian Antonio Micheli no mesmo sentido. Registro, contudo, que, em obra mais recente, o Professor Theodoro Júnior parece ter atenuado seu entendimento antes

princípio do contraditório à execução, uma vez que o contraditório é inerente ao processo. Há, ainda, uma terceira orientação¹² no sentido de que o contraditório na execução é atenuado, ou seja, é mitigado.

A terceira orientação parece ser a mais adequada. O contraditório na execução, embora exista, é relativizado, sendo exercido apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei¹³. De qualquer modo, o que se pode asseverar é que o contraditório na execução é peculiar, ou seja, é exercido por mecanismos próprios.

Na execução de título extrajudicial, por exemplo, o contraditório pode ser inaugurado por meio de embargos do devedor, nos termos do disposto no art. 736 do CPC. Já na execução de título judicial, o contraditório é instaurado por meio da chamada impugnação, nos termos do art. 475-L do CPC. As matérias que podem ser alegadas neste caso são circunscritas a um rol previamente definido pelo legislador, o que se justifica em função da existência de uma decisão judicial prévia, que já pode estar acobertada pelo manto da coisa julgada.

3.2 Embargos de Devedor

O meio clássico de defesa do devedor na execução são os embargos do devedor. Na verdade, os embargos do devedor constituem uma ação por meio da qual o executado pode aviar a sua defesa. Os embargos do devedor são disciplinados no Código de Processo Civil nos arts. 736 *usque* 747 e podem ser classificados em

esposado. Nesse sentido: “O fato, porém, de o processo de execução não se endereçar a uma sentença (ato judicial de accertamento ou definição) não quer dizer que o devedor não tenha defesa contra os atos executivos que atingem o seu patrimônio. Todo e qualquer processo está sujeito aos ditames do devido processo legal, dentre os quais ressalta o direito ao contraditório” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução de título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 174).

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006, v. 2, p. 157.

¹² MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 2, p. 268.

¹³ Já defendi essa mesma orientação em outro ensejo. Cf. HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008, p. 25.

dois grandes grupos: os embargos de primeira fase e os embargos de segunda fase.

3.2.1 Embargos de primeira fase

Os embargos de primeira fase são os embargos à execução previstos no art. 745 do Código de Processo Civil. O executado tem o prazo de quinze dias para apresentá-los, contados da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, nos termos do art. 738 do citado *codex*. Por meio desses embargos, o executado poderá evocar em seu proveito qualquer matéria de defesa.

3.2.2 Embargos de segunda fase

Os embargos de segunda fase, de outro vértice, estão previstos no art. 746 do Código de Processo Civil. O prazo para sua apresentação não é de quinze dias, mas de apenas cinco dias. Este prazo é contado a partir da adjudicação, da alienação ou da arrematação.

O prazo para apresentação dos embargos de segunda fase, como mencionado, não é semelhante ao prazo para apresentação dos embargos de primeira fase. Ademais, o termo *a quo* de seu cômputo também é diverso, ou seja, é peculiar.

De fato, no caso dos embargos de primeira fase, como visto, o prazo é contado a partir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido. No caso dos embargos de segunda fase, por outro lado, o prazo é contado da assinatura do auto ou termo. É que a formalização dos atos expropriatórios dá-se mediante auto (arts. 685-B e 694 do CPC) ou termo (art. 685-C, § 2º do CPC). O prazo, então, é contado da assinatura de um desses documentos.

Destaque-se que, nessa peça de defesa, o executado poderá alegar qualquer causa extintiva da obrigação ou impugnar nulidades que surgiram após a penhora, em especial aquelas cujo surgimento tenha ocorrido após o prazo para a apresentação dos embargos de primeira fase. Reza, com efeito, o art. 746 do Código de Processo Civil:

Art. 746 do CPC. É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.

3.3 Embargos à Arrematação

Cumpre, neste ensejo, analisar os embargos à arrematação. Trata-se de verdadeira ação incidental, por meio da qual o devedor poderá aviar matérias relativas às nulidades processuais ou causas extintivas da obrigação que tiverem ocorrido após a penhora. Insta registrar, desde logo, que os embargos à arrematação somente têm cabimento nas execuções por quantia certa¹⁴.

3.3.1 Considerações iniciais

Os embargos à arrematação inserem-se na categoria dos embargos de segunda fase. Por outras palavras: por meio dos embargos à arrematação podem ser hostilizadas as nulidades que ocorrerem após a penhora. Em particular, na praxe forense, a nulidade mais comum vergastada em sede de embargos à arrematação diz respeito ao ato de arrematação.

De fato, costuma-se impugnar nessa peça de defesa nulidades relativas à arrematação. A alegação de venda do bem por preço vil, por exemplo, é muito comum. O executado evoca em seu proveito o art. 692 do CPC que veda a alienação por preço vil. Também costumam ser alegadas nulidades relativas à não observância de formalidades prévias para a realização da hasta pública, como a não intimação do credor hipotecário, do executado, do exequente ou mesmo a não publicação dos editais de hasta ou a deficiência do seu conteúdo.

¹⁴ É que nas execuções de obrigações de dar, de fazer e de não fazer não há a prática de atos expropriatórios, como a arrematação.

3.3.2 Matérias alegáveis

Questão que merece alguma reflexão diz respeito às matérias que podem ser alegadas em sede de embargos à arrematação. O art. 746 do CPC esclarece a viabilidade de serem alegadas as nulidades da execução ou mesmo as causas extintivas da obrigação, desde que supervenientes à penhora.

Uma primeira questão a ser consignada é que a expressão “causas extintivas da obrigação” deve ser compreendida em sentido amplo. Nesse contexto, deve nela ser contemplada qualquer causa que possa culminar na extinção da obrigação, como o pagamento, a compensação, a novação ou a remissão. Não há óbice, outrossim, à alegação de prescrição, porquanto tal matéria pode ser conhecida *ex officio* pelo juiz, nos termos do art. 219, § 5º do Código de Processo Civil.

Outra questão a ser analisada diz respeito à utilização pelo legislador, no dispositivo, da expressão “superveniente à penhora”. Na verdade, a expressão foi utilizada de modo equivocado, porquanto os embargos de primeira fase, nos termos do art. 736 do CPC, podem ser apresentados independentemente de penhora. Por outras palavras: o prazo para apresentação dos embargos de primeira fase é de quinze dias contados da juntada aos autos do mandado citatório, independentemente de realização de penhora.

Ora, se a penhora não é relevante para fins de delimitação temporal do prazo para apresentação dos embargos de primeira fase, não deveria o legislador ter-se utilizado desse marco para fins de definição das matérias que poderão ser alegadas nos embargos de segunda fase. No sentido do exposto, em outro ensejo, teci a seguinte consideração:

(...) O equívoco do legislador, nesse particular, é ululante. É que a penhora não é o marco temporal para divisar os embargos de primeira fase dos de segunda. Por outras palavras: os embargos de primeira fase deverão ser apresentados no prazo de quinze dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, tenha ocorrido ou

*não penhora. Ora, se a realização da penhora é irrelevante para a apresentação dos embargos de primeira fase, não deveria o legislador ter utilizado essa expressão no art. 746 do CPC. Na verdade, nos embargos de segunda fase poderão ser alegadas as nulidades ou causas extintivas da obrigação que tiverem ocorrido após o decurso do prazo para apresentação dos embargos de primeira fase*¹⁵.

Desse modo, nos embargos de segunda fase poderão ser alegadas todas as causas extintivas da obrigação ou nulidades, desde que sejam posteriores ao prazo para apresentação dos embargos de primeira fase. O marco temporal, portanto, não é a penhora.

De fato, é possível que causas extintivas da obrigação ou nulidades posteriores à penhora sejam alegadas em embargos de primeira fase ou mesmo que causas extintivas da obrigação ou nulidades anteriores à penhora sejam alegadas nos embargos de segunda fase. A penhora é irrelevante para caracterizar as matérias que serão alegadas nos embargos de primeira ou de segunda fase.

Exemplo da primeira situação seria o caso de ausência de intimação do devedor (art. 652, § 1º do CPC) em relação à penhora realizada após o transcurso do prazo para apresentação dos embargos de primeira fase. Exemplo da segunda situação seria aquela em tenha ocorrido nulidade de citação do devedor. Essa matéria poderá ser alegada em sede de embargos de segunda fase, a despeito de ser anterior à penhora.

Ademais, todas as matérias de ordem pública, posto que tenham surgido anteriormente à penhora, poderão ser alegadas em sede de embargos à arrematação. As matérias relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação, com efeito, podem ser aviadas em sede de embargos à arrematação. Tal possibilidade decorre do disposto nos arts. 267, § 3º e 301, § 4º do Código de Processo Civil.

¹⁵ HERTEL, Daniel Roberto. Curso de execução civil. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008, p. 426.

3.3.3 Embargos à arrematação em sede de cumprimento de sentença

Questão que merece análise apartada e que é pouco destacada pela doutrina diz respeito à possibilidade de manejo dos embargos à arrematação no caso de execução por quantia certa de título judicial.

Na verdade, os sistemas de execução pautados em títulos extrajudicial e judicial são bem diferentes. As formas de defesa do devedor, a serem manejadas em um sistema e em outro, são diversas. Na execução por quantia certa, pautada em título extrajudicial, o devedor defende-se por meio de embargos do devedor (art. 736 do CPC). Já na execução pautada em título judicial, o devedor poderá defender-se por meio de impugnação, na forma do disposto no art. 475-L do CPC.

E quanto aos embargos à arrematação, poderão eles ser manejados na execução de título judicial? Em princípio, os referidos embargos são destinados à execução de título extrajudicial, até mesmo pela sua localização topográfica no CPC, ou seja, constam do Livro II do Código. De qualquer sorte, não vejo qualquer óbice à utilização dos referidos embargos em sede de execução pautada em título judicial¹⁶.

Com efeito, o art. 475-R do CPC esclarece que são aplicáveis subsidiariamente à execução de título judicial as normas que tratam da execução pautada em título extrajudicial. Ora, nesse particular, os embargos à arrematação, por estarem previstos no Livro II do CPC, que é destinado à execução de título extrajudicial, poderiam ser utilizados em sede de execução pautada em título judicial. Trata-se da possibilidade de aplicação subsidiária, com fulcro no mencionado preceptivo.

Ademais, a impugnação do art. 475-L do CPC deve ser apresentada no prazo de quinze dias contados da intimação da penhora, nos termos do art. 475-J, § 1º do mencionado código. Desse modo, as nulidades ou as causas extintivas da obrigação posterior-

¹⁶ Admitindo a apresentação de embargos à arrematação em sede de cumprimento de sentença que contemple obrigação de pagar quantia, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, p. 309.

res à penhora deverão ser apresentadas por meio de embargos à arrematação.

Os embargos à arrematação, portanto, poderão ser apresentados na execução de título judicial, desde que sejam alegadas matérias posteriores à penhora. As matérias anteriores à penhora e que constam do rol do art. 475-L do CPC deverão ser alegadas na impugnação¹⁷.

Quanto às matérias de ordem pública (art. 267, § 3º e 301, § 4º), posto que não alegadas em sede de impugnação, poderão ser deduzidas por meio de embargos à arrematação na execução de título judicial ou até mesmo por meio de *simplex petita*. Note-se que as matérias de ordem pública a serem alegadas aqui são tão somente aquelas posteriores à sentença. As anteriores estão acobertadas pela preclusão. A única matéria anterior à sentença que poderá ser alegada na impugnação ou nos embargos à arrematação é a falta ou nulidade de citação, se o processo tiver tramitado à revelia.

3.3.4 Litisconsórcio passivo necessário entre o exequente e o arrematante nos embargos à arrematação

Nos embargos à arrematação, seja na execução de título extrajudicial ou de título judicial, deverá ser formado no polo passivo litisconsórcio necessário entre o exequente e o arrematante. Na verdade, tal formação é necessária, porquanto do julgamento dos mencionados embargos poderão ser afetados tanto o exequente quanto o executado.

A jurisprudência¹⁸ e a doutrina¹⁹ são pacíficas a respeito, ao exigirem a necessidade de formação de litisconsórcio pas-

¹⁷ Registro, contudo, que há orientação na doutrina no sentido de que, no caso de execução de título judicial, não serão cabíveis os embargos à arrematação, mas sim uma nova impugnação, na forma do art. 475-L do CPC, para impugnar os atos relativos à hasta pública. Nesse sentido, cf.: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 216.

¹⁸ No sentido do exposto, pode ser citado o seguinte julgado: “É indispensável a presença do arrematante, na qualidade de litisconsorte necessário, na ação de embargos à arrematação, porquanto o seu direito será discutido e decidido pela sentença. É pacífica a jurisprudência no sentido de que a falta de citação do litisconsorte necessário implica nulidade do processo” (STJ, Segunda Turma, REsp. 18.550-0-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro,

sivo entre o exequente-embargado e o arrematante do bem. Ademais, o art. 746, § 1º do Código de Processo Civil esclarece que “oferecidos os embargos, poderá o adquirente desistir da aquisição”. Tal dispositivo permite entrever que o adquirente do bem deve ter ciência do aforamento dos embargos à arrematação.

Considerando a necessidade de formação do litisconsórcio entre o exequente e o adquirente do bem no polo passivo dos embargos à arrematação, tem-se entendido²⁰ que a sua inobservância acarretará a nulidade do processo, nos termos do art. 47, parágrafo único do CPC. Tal nulidade gera como efeito magno a desconstituição da arrematação.

De qualquer sorte, o que se pretende defender aqui é a possibilidade de convalidação dessa nulidade pela ausência de formação de litisconsórcio entre o exequente-embargado e o arrematante, aplicando-se o princípio da instrumentalidade substancial das formas.

DJU 22.11.93, p. 24.931). No mesmo sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. ARREMATANTE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. Em vista do disposto no art. 47 do CPC, mostra-se apropriado que a arrematante figure no polo passivo dos embargos que visam à desconstituição do ato de arrematação. Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça. AGRVO PROVIDO” (TJRS; AI 70007486681; Porto Alegre; Quinta Câmara Cível; Rel^a Des^a Ana Maria Nedel Scalzilli; Julg. 30/10/2003). Outro julgado seguindo a mesma esteira: “EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. PROCESSO CIVIL. FALTA DE CITAÇÃO DO ARREMATANTE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA. É indispensável a citação do arrematante nos embargos à arrematação na qualidade de litisconsorte passivo necessário. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA” (TJRS; AC 70013517099; Getúlio Vargas; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda; Julg. 11/01/2006).

¹⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 729. No mesmo sentido, cf. HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 428 e 429.

²⁰ No sentido do exposto: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SFH. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ARREMATANTE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. Configura-se indispensável a presença do arrematante no polo passivo dos embargos à arrematação, na qualidade de litisconsorte necessário, eis que a esfera jurídica dos arrematantes será diretamente afetada pelo conteúdo da decisão a ser proferida nos embargos, podendo culminar, inclusive, com a desconstituição da arrematação” (TRF 2ª R.; AGInt-AI 2000.02.01.011242-6; Sétima Turma; Rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer; DJU 21/05/2007; p. 315).

4. O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS E O LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO FACULTATIVO NOS EMBARGOS À ARREMATACÃO

Cumpra, agora, tecer algumas considerações sobre o princípio da instrumentalidade substancial das formas. Munido desse suporte teórico, será possível analisar o foco do problema aqui proposto, qual seja, a possibilidade de aplicação do mencionado postulado aos casos em que há inobservância do litisconsórcio necessário entre exequente e arrematante na ação de embargos à arrematação.

4.1 Considerações Iniciais

O princípio da instrumentalidade das formas é a norma processual mais importante do Código de Processo Civil. É por meio desse princípio que se compreende a verdadeira finalidade do instrumento judicial. O processo não é um complexo de formalidades, apartado da realidade social. Trata-se, na verdade, de mero instrumento destinado à concessão da tutela jurisdicional e à realização dos direitos.

O princípio da instrumentalidade das formas é que permite compreender o processo como meio e não como fim. Como destaca, com muita propriedade, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira²¹ “a mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas”.

O princípio da instrumentalidade das formas, considerando-se a sua elevada carga axiológica, deve ter aplicação a todo o sistema processual. Com efeito, poderá ser aplicado em sede de processo de conhecimento, execução ou cautelar. Trata-se de postulado positivado no sistema que otimiza a atividade de prestação da tutela jurisdicional e que, por isso mesmo, deve ter sua aplicação ao máximo irradiada.

Ademais, no IX Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em Portugal, no ano de 1991, considerou-se que o princípio

²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61.

da instrumentalidade das formas é a regra mais bela de todo o direito processual.

4.2 Conteúdo do Princípio da Instrumentalidade Substancial das Formas

O princípio da instrumentalidade das formas encontra-se previsto nos arts. 154 e 244 do Código de Processo Civil²². Trata-se de norma a qual determina que, quando um ato processual tiver sido realizado em desconformidade com a lei, desde que ele tenha logrado a sua finalidade, deverá ser reputado válido.

O princípio da instrumentalidade substancial das formas, a seu turno, consiste em uma maximização valorativa e de aplicação do tradicional princípio da instrumentalidade das formas. Trata-se, na verdade, de permitir a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às nulidades de fundo²³ (nulidades absolutas), ou seja, aos casos em que estão ausentes os pressupostos processuais ou nos quais faltam condições da ação. Essa aplicação, contudo, é adstrita à inexistência de prejuízo e à obtenção da finalidade respectiva²⁴.

A doutrina, com pequena variação, tem admitido a aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas²⁵.

²² Os referidos artigos rezam, respectivamente, o seguinte: “Os atos e termos processual não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”; “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

²³ Sobre a classificação das nulidades em de forma e de fundo, cf.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

²⁴ Em outro momento analisei com profusão o princípio da instrumentalidade substancial das formas. Cf. HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas**. Porto Alegre: SAFE, 2006.

²⁵ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 235 e 236. HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas**. Porto Alegre: SAFE, 2006. BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 414. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 446 *et seq.*

4.3 Ausência de Formação de Litisconsórcio Necessário nos Embargos à Arrematação: Nulidade Absoluta

A ausência de formação de litisconsórcio entre o exequente e o arrematante nos embargos à arrematação gera nulidade do tipo absoluta. Na verdade, tal nulidade decorre do disposto no art. 47, parágrafo único do Código de Processo Civil e, caso não seja sanada, resultará na respectiva extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267 do citado código.

A ausência de formação de litisconsórcio necessário, para parcela da doutrina, conduz à falta de pressuposto processual²⁶. Há quem diga, por outro lado, que a mencionada ausência gera a ilegitimidade *ad causam*²⁷, ou mesmo a ilegitimidade *ad processum*²⁸. De qualquer sorte, a discussão é inócua, porquanto a nulidade gerada é do tipo absoluta e, caso não sanada, como já registrado, culminará na extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267 do Código de Processo Civil.

4.4 Possibilidade de Aplicação do Princípio da Instrumentalidade Substancial das Formas à Nulidade Decorrente da não Formação do Litisconsórcio Necessário nos Embargos à Arrematação

A despeito de todo o exposto, parece-me que, nos casos de não formação do litisconsórcio necessário passivo entre o exequente e o arrematante nos embargos à arrematação, haverá ensejo à aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas. Por meio deste postulado, como mencionado alhures, é possível o juiz aplicar o princípio da instrumentalidade das formas às nulidades de fundo, ou seja, às nulidades absolutas.

É claro que, para aplicação do mencionado princípio, alguns requisitos deverão ser preenchidos; em particular, deverá atentar-se para o binômio prejuízo - finalidade. Significa dizer que, estan-

²⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 262.

²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 7.

²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 171.

do presentes os mencionados requisitos, o juiz ou o tribunal poderão relevar a não formação do litisconsórcio passivo necessário nos embargos à arrematação.

Por outras palavras, caso não formado o litisconsórcio passivo necessário nos embargos à arrematação, em princípio haverá nulidade absoluta, que culminará na extinção do processo sem resolução do mérito. Mas, desde que presentes os elementos que integram o binômio prejuízo - finalidade, o princípio da instrumentalidade substancial das formas deverá ser aplicado, afastando-se a nulidade absoluta decorrente da não observância do disposto no art. 47 do Código de Processo Civil.

4.4.1 Verificação da ausência de prejuízo

O primeiro requisito a ser verificado é a ausência de prejuízo. Na verdade, o princípio da instrumentalidade substancial das formas somente poderá ser aplicado se não houver prejuízo para as partes. O prejuízo pode ser bem aferido por meio do princípio do contraditório. Na verdade, a observância deste princípio é indicador da inexistência de prejuízo para a parte.

Desse modo, em que pese a não formação de litisconsórcio passivo necessário nos embargos à arrematação, caso não tenha ocorrido qualquer prejuízo para o exequente e para o arrematante, a arrematação deverá ser considerada válida, desde que observados os requisitos legais, julgando-se improcedente os embargos. Note-se que o prejuízo decorrente da não formação do litisconsórcio passivo necessário deverá ser aferido sob a ótica do exequente e do arrematante, e não do executado embargante.

Imagine situação em que o arrematante não tenha sido citado para os embargos à arrematação e que a sentença tenha julgado improcedente a mencionada defesa aviada. E, após o trânsito em julgado da sentença dos embargos à arrematação, o devedor-embargante venha a ajuizar ação rescisória perante o tribunal, com base no art. 485, inc. V, do CPC, alegando violação literal de lei, porquanto o art. 47 do CPC não fora observado.

Ora, nessa situação, caso o arrematante, litisconsorte na ação rescisória, ao apresentar a sua contestação, informe ao tribunal que não tem nada a opor em relação à arrematação, eventu-

al nulidade pela não formação do litisconsórcio necessário na ação de embargos à arrematação deverá ser afastada. É que não houve qualquer prejuízo para o arrematante.

Destaque-se que a não formação de litisconsórcio necessário passivo nos embargos à arrematação pode acarretar prejuízos para o arrematante e para o exequente, mas não para o executado.

4.4.2 Verificação do escopo logrado em relação à arrematação

Cumpra analisar, outrossim, se, a despeito da não formação do litisconsórcio nos embargos de segunda fase, o escopo processual foi atingido. Se a arrematação foi válida e o preço não foi vil, o argumento relativo a não formação do litisconsórcio no pólo passivo dos embargos é insuficiente para invalidar-se o processo. É que o escopo processual foi logrado, atingindo a arrematação a sua finalidade.

4.4.3 Verificação do interesse do arrematante

Insta esclarecer que o maior interessado na declaração da nulidade do processo inaugurado pelos embargos à arrematação pela não formação do litisconsórcio passivo necessário é o arrematante. É que a ele facultou-se, nos termos do disposto no art. 746, § 1º do CPC, desistir da arrematação no caso de apresentação de embargos.

Caso o arrematante, então, não tenha sido citado para os embargos à arrematação, mas apresente uma manifestação nos autos dos embargos de segunda fase no sentido de ter interesse na manutenção da arrematação, não há qualquer nulidade a ser reconhecida pela não formação do litisconsórcio. Nessa situação, caso os autos dos embargos já estejam na fase de sentença, deverá ser proferido julgamento de mérito, afastando-se a nulidade decorrente da não observância do disposto no art. 47 do Código de Processo Civil.

4.4.4 Verificação da iniciativa do executado ao interpor os embargos à arrematação

Outro aspecto que não pode ser relevado quando da apreciação de eventual declaração de nulidade pela não formação de litisconsórcio passivo nos embargos à arrematação é a conduta do

executado. De fato, os embargos à arrematação são aviados pelo executado-embargante, cabendo a este apontar, no polo passivo da demanda, na condição de litisconsortes, o exequente e o arrematante.

Caso o executado, ou seja, o embargante, não indique no polo passivo dos seus embargos o exequente e o executado, não poderá valer-se da sua própria desídia posteriormente, sob pena de violação do princípio geral de direito que veda a invocação da própria torpeza. Por outras palavras: aplica-se, neste caso, o princípio da proibição do *venire contra factum proprium*.

Ademais, o art. 243 do CPC, em que pese a existência de orientação no sentido de não ser aplicado às nulidades absolutas²⁹, esclarece que a decretação de nulidade não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa³⁰. Isso fere o princípio da lealdade processual, em particular a necessidade de manutenção de comportamento alinhado à boa-fé objetiva.

4.5 Litisconsórcio Necessário “Facultativo” nos Embargos à Arrematação

Registre-se que já há decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que aplicou o princípio da instrumentalidade substancial das formas a um caso de não formação de litisconsórcio necessário passivo em sede de embargos à arrematação. Na verdade, a tendência da moderna doutrina e da jurisprudência é nesse sentido, ou seja, no sentido do aproveitamento, ao máximo, dos atos processuais, posto que exista uma nulidade de fundo. Pela importância do julgado cumpre colacioná-lo neste ensejo:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À ARREMATÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO ARREMATANTE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALI-

²⁹ Registra Didier que este é o entendimento dominante na doutrina. Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 1, p. 263.

³⁰ Sobre o exposto, é oportuno colacionar o seguinte julgado: “Não deve ser declarada nulidade quando a parte a quem possa favorecer para ela contribui e se absteve de qualquer impugnação no curso da demanda, relativamente ao devido processo legal” (RSTJ 12/366).

DADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS. NULIDADE AFASTADA. HASTA PÚBLICA. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. INEQUÍVOCO CONHECIMENTO DO ATO. VALIDADE DA ARREMATACÃO. Não obstante a ausência de citação do arrematante para compor o polo passivo da ação de embargos à arrematação na qualidade de litisconsorte necessário, mas considerando o princípio da instrumentalidade substancial das formas, a ausência de pressuposto processual que gera a nulidade do processo pode ser superada, se puder aproveitar-se o ato sem causar prejuízo à parte que se beneficiaria com a nulificação. Restando inequívoca nos autos a ciência do devedor acerca da hasta pública levada a efeito nos autos de execução, há de ser mantida a arrematação realizada³¹.

Por todo o exposto, pode-se considerar que o litisconsórcio na ação de embargos à arrematação é, em relação ao polo passivo, do tipo necessário. Mas, a não formação deste litisconsórcio não conduzirá necessariamente à declaração de nulidade. Tem-se, assim, uma espécie de litisconsórcio necessário “facultativo”, haja vista a possibilidade de convalidação da nulidade decorrente da não formação do litisconsórcio no polo passivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os embargos à arrematação constituem importante meio de defesa do executado em relação aos atos expropriatórios. Trata-se de ação na qual devem figurar no polo passivo, na condição de litisconsortes necessários, o exequente e o arrematante. Essa formação tem por objetivo precípuo preservar os interesses das mencionadas pessoas, porquanto, julgados procedentes os embargos à arrematação, serão elas diretamente afetadas.

O princípio da instrumentalidade substancial das formas prima pela constante manutenção do escopo instrumental do processo. Por intermédio do mencionado postulado, admite-se a conva-

³¹ TJMG, AC 1.0024.06.274186-3/001, Décima Primeira Câmara Cível, Relatora Desembargadora Selma Marques, Julgamento em 18/07/2007, DJMG 02/08/2007.

lidação das nulidades de fundo, aplicando-se a estas o princípio da instrumentalidade das formas. Para sua aplicação, contudo, é necessário que se observe o binômio prejuízo - finalidade.

Em relação à não formação do litisconsórcio necessário passivo entre o exequente e o arrematante na ação de embargos à arrematação, em que pese orientação tradicional da doutrina no sentido da existência de nulidade insanável, parece-me que haverá ensejo à aplicação da instrumentalidade substancial. Desde que observado o binômio prejuízo-finalidade, o princípio da instrumentalidade substancial das formas poderá ser aplicado nos casos de não formação do litisconsórcio necessário.

Não se pode jamais olvidar que o processo é um mero instrumento da atividade jurisdicional. Por meio do processo, o que se objetiva é a concretização de direitos, não podendo a relevância do instrumento judicial sobrepor-se à solução da lide. O processo é meio, e não fim. Nesse contexto, é possível que, observado o binômio prejuízo-finalidade, seja superada eventual nulidade decorrente da não formação do litisconsórcio necessários na ação de embargos à arrematação. ☐

Análise Crítica da Atuação do Poder Judiciário em Relação aos Benefícios da Seguridade Social

Carlos Côrtes Vieira Lopes
Procurador Federal

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo levar a análise dos intérpretes do Direito uma questão que gera preocupação para quem lida com a Previdência Social. Trata-se do numeroso quantitativo de decisões do Poder Judiciário que ampliam o espectro da lei, aumentando seus limites, através de interpretações extensivas no que tange aos benefícios previstos na CRFB/88 e nas leis para seguridade social.

Essas decisões são das mais variadas instâncias do Poder Judiciário, de Juízes Federais, de Juízes Estaduais, de Turmas Recursais de Juizados Especiais Federais, de Tribunais Regionais Federais, do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), da Turma Nacional de Uniformização (TNU), dentre outras. Em razão de a grande maioria das ações da seguridade social encontrar-se no âmbito dos Juizados Especiais Federais, as principais questões deste trabalho serão verificadas em relação às decisões da TNU.

Esclareço, ainda, de início, que o presente estudo não tem por objetivo desqualificar o Poder Judiciário, que a meu ver é a instituição mais séria e uma das mais relevantes, assim como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

2. BREVES NOÇÕES ACERCA DA SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social divide-se em três âmbitos distintos: Assistência Social, Saúde e Previdência Social (art. 194, da CRFB/88). Este último é o único âmbito em que se exige uma contrapartida do cidadão, ou seja, somente fazem jus aos benefícios previdenciários os cidadãos que contribuam para o RGPS, adquirindo e mantendo a qualidade de segurado ou seus dependentes. A saúde¹ é um direito de todos e dever do Estado (art. 196, da CRFB/88). E, por fim, mas não menos importante, a assistência social é um benefício concedido aos idosos e portadores de deficiência que tenham renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo, independente de qualquer tipo de contribuição. O financiamento da seguridade social será feito por toda sociedade, de forma direta ou indireta, na forma que dispões o art. 195, da CRFB/88.

A assistência social é benefício custeado com recursos da União Federal, mas com gestão realizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal responsável pela sua concessão e pagamento ao beneficiário. Tem como fundamento legal a Lei 8.742/93 e os artigos 33/36, da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é de responsabilidade integral do INSS, tendo caráter contributivo e filiação obrigatória, observando-se os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e o atuarial (art. 201, da CRFB/1988). Atualmente regula-se pelas Leis 8.212/91 e 8.213/91, bem como pelo Dec. 3.048/99.

O art. 195, § 5º, da CRFB/1988, por sua vez, deixa claro que a interpretação acerca dos benefícios concedidos pela Seguridade Social deverá ser estrita, não podendo ser extensiva: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

¹ Para maiores detalhes sobre Direito à saúde, ver artigo de minha autoria, tendo como co-autor o advogado Marcelo Dealtry Turra. TURRA, Marcelo Dealtry; LOPES, Carlos Côrtes Vieira. “Direito à saúde como direito de cidadania. Alguns aspectos práticos”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 881, 1 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7648>>.

Ocorre que este dispositivo não está sendo observado pelo Poder Judiciário, passando este a atuar como legislador positivo nessa matéria, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, conforme será analisado a seguir.

3. A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DE PODER (ART. 2º DA CRFB/1988)

O artigo 2º da nossa Carta Magna disciplina o “princípio da separação dos Poderes”², tendo a seguinte redação: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Através dessa separação, cada Poder é investido de uma série de competências constitucionais determinantes, sendo vedada a utilização por outro dessas competências, a fim de lhes garantir autonomia. A função primordial do Poder Judiciário, por exemplo, é a de julgar, não de elaborar leis (função legislativa) ou administrar (função executiva).

De acordo com o sistema democrático, a fim de evitar abusos, a Constituição Federal apesar de declarar que os Poderes são independentes e harmônicos, previu a possibilidade de intervenção de um Poder sobre o outro, como forma de controle de freios e contrapesos (“*Checks and Balances*”), com a utilização das funções que não lhes são determinantes.

No presente trabalho, a forma de controle que interessa é tão somente aquela exercida pelo Poder Judiciário sobre o Poder Executivo. Controle, segundo Marçal Justein Filho, “é um processo de redução do poder, entendida essa expressão no sentido da vontade e do interesse de um sujeito sobre outrem”³.

² Há doutrinadores que entendem equivocada a expressão, por entenderem que o Poder é uno, o que se divide são as funções desse poder. Utilizam para fundamentar esta posição os ensinamentos de Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*. A meu ver, esta posição está equivocada, tendo em vista que o ordenamento pátrio tem por base a sua lei maior, a Constituição da República, promulgada pelo Poder Constituinte Originário, sendo este iniciador e desvinculado de qualquer doutrina anterior. Ora, não é a Constituição que deve se adequar à doutrina, mas sim a doutrina que deve fazer uma leitura adequada da Constituição. Trata-se do mesmo erro que incidem diversos penalistas ao afirmarem que a pessoa jurídica não pode responder por crime, querendo se utilizar de teorias trazidas do exterior que não se adequam à Constituição Federal.

³ FILHO, MARÇAL JUSTEN. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 879.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a Administração Pública é um mero controle de legalidade, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir na atividade de decisão de mérito do ato administrativo, por entender que uma medida seria mais adequada que outra. Mérito do ato administrativo, segundo o eminente administrativista supramencionado:

“é núcleo de natureza decisória, produzido por uma escolha de vontade pessoal do agente estatal em virtude de uma autorização legislativa. A fiscalização poderá examinar os requisitos externos de regularidade da atuação discricionária, o que significa verificar se todos os requisitos legais procedimentais foram respeitados e se a autoridade administrativa atuou visando à realização dos direitos fundamentais, com observância dos valores democráticos.

Não se admite que o Juízo de conveniência e oportunidade, inerente à atividade administrativa, seja revisado pelo órgão de fiscalização.

(...)

O Judiciário desempenha atividade de fiscalização propriamente jurídica, na acepção de que se trata de verificar a compatibilidade dos atos administrativos com as normas jurídicas de hierarquia mais elevada (...).”⁴

Maria Sylvia Zanela Di Pietro, por sua vez, deixa claro os limites deste controle:

“O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Consti-

⁴ FILHO, MARÇAL JUSTEN. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 894/895.

*tuição, também sob o aspecto da moralidade (art. 5º, inciso LXXIII, e 37).”*⁵

Por estes ensinamentos, constata-se que o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a Administração Pública refere-se apenas ao controle de legalidade, devendo o magistrado se colocar na posição de servidor público e nessa posição ter o seguinte pensamento: de acordo com a lei, o benefício deveria ser concedido? Essa a razão pela qual o processo em que não haja comprovação de requerimento administrativo deve ser extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, na modalidade necessidade (enunciado 77 do FONAJEF). Se não há ilegalidade, não há controle judicial a ser exercido. Não bastasse isso, quando o órgão colegiado for afastar a incidência de uma norma legal, faz-se imprescindível a reserva de plenário (art. 97, da CRFB/88), conforme determina a Súmula Vinculante de nº 11 do STF.

Ora, a Administração Pública, por forma dos preceitos do *caput* do art. 37, da CRFB/88, se atém ao princípio da legalidade e, por força do art. 195, § 5º, do mesmo diploma legal, não pode conceder, majorar ou estender benefício da seguridade social sem previsão da fonte de custeio. Ressalta-se, aqui, que a interpretação extensiva ou a analogia não podem ser utilizadas quando a lei traz um silêncio eloquente.

Dessa forma, se o controle do Poder Judiciário é restrito ao exame de legalidade ou não do ato administrativo, não se podem admitir decisões judiciais que burlem esta forma de controle, e concedam benefícios da seguridade social quando o INSS observou a lei.

Em relação à definição de princípio da legalidade, trago lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 640. Ressalto aqui meu entendimento de que o ato imoral é aquele que tem desvio de finalidade e, assim, seria, de plano, ilegal, por vício em um dos seus requisitos de validade, qual seja a finalidade de interesse público.

“Esse princípio, juntamente com o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isso porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites de atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

É aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. (...)

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.”⁶ (meu grifo)

Complementando esse pensamento, trago lições de Odete-Medauar:

“O sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal. Este deve ser combinado com o primeiro significado, com o sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento. A Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento.”⁷

Estas decisões, não apenas afrontam os dois dispositivos constitucionais acima, como também geram desigualdade na pres-

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 67/68.

⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 124.

tação da seguridade social e desequilíbrio atuarial do sistema, o que gera ao Poder Executivo e a toda sociedade uma sensação de insegurança jurídica.

A desigualdade é gerada em razão da falta de critérios objetivos para concessão do benefício; cada juiz entende de uma forma diferente se a norma previdenciária deve ser estendida ou não. O pior é explicar ao cidadão porque, em cidade com mais de um Juízo, o benefício assistencial de seu vizinho que, tendo as mesmas condições econômicas e o mesmo número de familiares, foi concedido por um Juízo e o seu, que teria caído em Juízo diverso, foi indeferido. Trata-se de flagrante *afronta ao princípio da isonomia* - art. 5º, *caput*, da CRFB/88. Alexandre de Moraes aborta o assunto de maneira clarividente:

“A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

(...)

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade - limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular.

(...)

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial, o Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.”⁸ (meu grifo)

⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 32.

Em relação ao desequilíbrio atuarial do sistema de previdência social, isto ocorre em razão de a atuária ser uma ciência que estuda riscos econômicos e financeiros, baseados em manipulação de dados estatísticos. Estes dados são formados com base apenas no que consta na lei e na CRFB/88, tomando por base o orçamento, o gasto com pagamento de benefícios etc. A questão é analisada de forma didática por Fábio Zambite Ibrahim:

“A atuária, ciência do seguro, irá cotejar o risco protegido e os recursos disponíveis para sua cobertura, vislumbrando sua viabilidade em diversos cenários, especialmente dentro das expectativas futuras em relação ao envelhecimento da população e às tendências da natalidade populacional. Por meio dessas análises, é possível aos administradores do regime previdenciário a adoção de medidas eficazes, em tempo hábil, para correção de desvios, de modo a preservar a segurança e a confiabilidade do sistema e evitar a sua falência, o que iria excluir a proteção de milhões de segurados.”⁹

Portanto, decisões judiciais inesperadas que trazem interpretações extensivas, vedadas pelo ordenamento jurídico, alteram um dos coeficientes do cálculo atuarial previdenciário, causando prejuízo ao erário público, tanto diretamente, quanto em relação à perspectiva de seus cálculos futuros. Em razão disso, para manter o sistema previdenciário equilibrado e evitar sua ruptura, o Governo Federal não tem como aumentar de forma significativa o teto máximo dos benefícios do RGPS.

4. ANÁLISES DE CASOS CONCRETOS

Quando verificamos os tipos de decisões que vêm sendo proferidas em casos concretos, podemos ter certeza de que o controle exercido pelo Poder Judiciário em relação à Administração Pública extrapola a sua função, passando a atuação judicial a ser

⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 38.

exercida, de forma inconstitucional, na posição de legislador positivo, ferindo todos os dispositivos já mencionados, principalmente o princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CRFB/88) e o princípio da vedação à extensão de benefício previdenciário sem que haja prévia dotação orçamentária (art. 195, § 5º, da CRFB/88).

Na maioria das vezes o órgão julgador afasta a referida norma sem afetar a matéria a plenário, ofendendo assim o princípio da reserva de plenário (art. 97 da CRFB/88) e a Súmula Vinculante n. 10, emitida pelo STF.

Isso ocorre em diversos casos, como nos seguintes, que não chegam nem perto de serem exaustivos:

- Quando concedem pensão por morte, com prova documental precária, dando um valor muito grande à prova testemunhal, mesmo quando contraditória, o que afronta a norma que exige ao menos três documentos contemporâneos ao óbito que comprovem a dependência econômica (art. 22, § 3º, do Dec. 3.048/99).

- Quando ultrapassa norma prevista no art. 70 do Dec. 3.048/99, que limita a conversão de tempo de atividade especial em comum apenas até a data de 28 de maio de 1995;

- Quando ultrapassa a norma prevista no art. 15, § 2º, da L. 8.213/91, a fim de permitir a comprovação do desemprego por qualquer meio ou, em alguns casos, nem sequer exigir tais provas (Enunciado 25 da Súmula da TNU);

- Quando permite a contagem de tempo pelo trabalhador rural com menos de 14 anos, contrariando norma constitucional que veda o trabalho dos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (Enunciado 5 da Súmula da TNU). Vale ressaltar que não existe direito adquirido a regramento jurídico anterior à norma elaborada pelo Poder Constituinte derivado, até mesmo porque as normas que forem materialmente contrárias à Constituição não são recepcionadas; são consideradas nulas;

- Quando estende o conceito de incapacidade para concessão de Benefício de Prestação Continuada - LOAS para menores de 16 anos e nos casos em que se equiparam à invalidez exigida para aposentadoria por invalidez (Enunciado 29 da Súmula da TNU). Ora, o BPC-LOAS, em redação dada pelo art. 20, § 2º, da Lei

8.213/91, seria devido àqueles que tenham incapacidade para a vida independente e para o trabalho. Se o menor de 16 anos não pode trabalhar, não faria jus ao referido benefício. Em relação à incapacidade, esta não deveria se equiparar àquela necessária para concessão da aposentadoria por invalidez, isso porque para este benefício exige-se apenas a incapacidade total e permanente *para o trabalho*, enquanto para concessão de BPC-LOAS exige-se a incapacidade não apenas para o trabalho, como também para a *vida independente*;

- Quando passa a entender que mesmo que o trabalhador utilize de Equipamento de Proteção Individual (EPI) eficaz, o período de tempo de contribuição deve ser contado como se fosse de atividade especial (Enunciado 9 da Súmula da TNU). É preciso ter em mente que o tempo exercido em atividade especial é aquele considerado com exposição permanente e habitual aos agentes nocivos previstos nos regulamentos da Previdência Social, pois isso poderia causar prejuízos à saúde e/ou integridade física do segurado. Contudo, a partir do momento em que o trabalhador é obrigado pela empresa a utilizar EPI e este é eficiente e eficaz, cessa a exposição ao agente nocivo, eis que o segurado está devidamente protegido, não havendo mais qualquer risco à sua saúde e/ou integridade física (art. 57, § 4º, da L. 8.213/91);

- Quando permite a aplicação da Tabela de Santa Catarina para revisão de benefícios previdenciários pela ORTN/OTN (Enunciado 38 da Súmula da TNU). Nesses casos, a revisão refere-se a benefícios concedidos, em regra, há mais de 20 anos e, como se sabe, o INSS tem a obrigação de guarda dos processos administrativos por determinado período de tempo, em regra de 5 anos. Ora, aqui, não apresentando o autor a relação dos salários de contribuição que foram utilizados no cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) de seu benefício, a ação judicial deveria ser julgada improcedente, eis que, pelo art. 333, I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito cabe, exclusivamente, ao autor. Não é possível aceitar a utilização de um índice, criado com base em coincidências, *sem previsão legal*, a fim de garantir uma revisão de benefício que, muitas das vezes,

seria de valor inferior ao que foi concedido judicialmente, causando prejuízo ao erário público;

- E, o mais absurdo de todos os casos, quando aplica de forma extensiva o art. 34, parágrafo único da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Pelo art. 34, parágrafo único, da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o benefício de prestação continuada - LOAS - concedido a outro idoso que seja membro da família, será excluído do cômputo da renda *per capita* para concessão de benefício da mesma espécie, pelo requerente idoso. O controle do Poder Judiciário sobre o ato do INSS, nesse caso, acaba não sendo de legalidade, mas sim de ilegalidade. Trata-se de benefícios distintos, advindos de recursos diversos (o benefício assistencial tem recursos advindos do erário da União Federal e não paga gratificação natalina; o benefício previdenciário advém de erário do INSS e paga gratificação natalina). Como já foi dito, o Controle do Poder Judiciário sobre a Administração Pública deve ser apenas de legalidade. Diante disso surge a seguinte indagação: Se o magistrado fosse funcionário do INSS e tivesse que indeferir ou deferir o benefício, nessa hipótese, observando-se o princípio da legalidade, o que ele faria? Certamente a resposta seria pelo indeferimento. O servidor público tem que obedecer ao que está na lei e esta não estendeu a hipótese do art. 34, parágrafo único, da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), para todo e qualquer benefício previdenciário de valor equivalente a um salário mínimo. Trata-se de hipótese que sequer poderia haver interpretação extensiva, eis que não houve omissão do legislador, mas sim silêncio eloquente.

5. TESES NOVAS FAVORÁVEIS AO INSS E POUCO ACOLHIDAS

Outro fator de desequilíbrio do sistema atuarial decorre de decisões judiciais que não acolhem teses que são favoráveis ao INSS.

Como exemplo disso, trago à baila, a tese da decadência da revisão de benefícios previdenciários concedidos antes de 28 de junho de 1997, em ações ajuizadas posteriormente a 28 de junho de 2007, sob a alegação infundada de que a decadência não poderia retroagir para prejudicar benefícios concedidos antes de sua criação legal. Ocorre que, nesse caso, não estamos falando

de aplicação retroativa da lei que criou o prazo decadencial, mas sim de aplicação imediata da norma jurídica, conforme ensinamentos de Paul Roubier¹⁰. Entendimento correto sobre a matéria foi sumulado pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado do Rio de Janeiro, através do Enunciado nº 63¹¹, cuja redação é a seguinte:

*“Em 01.08.2007 operou-se a decadência das ações que visem à revisão de ato concessório de benefício previdenciário ins-
tituído anteriormente a 28.06.1997, data da edição da MP
1.523-9, que deu nova redação ao art. 103 da L. 8.213/91.”¹²”*

O Rio de Janeiro é, por enquanto, o único Estado em que esta tese teve uma excelente receptividade. Preferindo o Poder Judiciário de outros estados continuar a proferir decisões que representam uma sangria de dinheiro público, criando benefícios em que, para o segurado, não existiria prazo decadencial de revisão, mas para a Administração Pública, sim. Ora, como é possível explicar que a Administração pode ser compelida a observar um prazo decadencial, contado a partir da vigência da lei de sua criação, e o segurado não, podendo optar por rever seu benefício a qualquer tempo?

Outra questão que merece análise mais aprofundada diz respeito à aplicação das teorias do *venire contra factum proprium* e da *supressio* em favor da Administração Pública. Trata-se de instituto de Direito Privado que pode ser facilmente aplicado ao Direito Público, eis que se referem a dois comportamentos de uma mesma pessoa para com outrem, com base no princípio da boa-fé objetiva, que vedam o comportamento contraditório.

¹⁰ ROUBIER, Paul. *Les Conflits de Lois Dans Le Temps*, Paris, 1929

¹¹ Para maiores detalhes sobre o assunto recomendo a leitura de artigo de minha autoria, denominado “Decadência do Direito à revisão de benefício previdenciário (uma análise de Direito Intertemporal)”, publicado na *Revista Direito e Política*, n. 16 (IBAP); *Revista de Direito do Trabalho*, n. 8 (CONSULEX); *Revista da EMERJ*, n. 43; *Revista da EMARF*, n. 1, v. 11; *Revista Virtual da AGU*, n. 77; *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 24.

¹² O Superior Tribunal de Justiça tende a adotar este entendimento, reformando a jurisprudência sedimentada da corte, conforme decisões no RESP 110.526 e no RESP 110.836.

O *venire contra factum proprium* refere-se a situação em que uma determinada pessoa, durante determinado lapso temporal, comporta-se de tal maneira que a outra pessoa cria uma legítima expectativa de que seu comportamento não se alterará, quebrando a boa-fé objetiva. São, portanto, quatro os seus elementos: comportamento, geração de expectativa, investimento na expectativa gerada e comportamento contraditório.

A *supressio*, por sua vez, consiste “em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se (I) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais será exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro” (TJRS, Apelação Cível Nº 70001911684, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 04/12/2000).

Exemplificando, trago um caso concreto em que atuei. O segurado, em 1998, requereu e teve concedido benefício de auxílio-doença por um mês, com Data de Cessação de Benefício (DCB) previamente fixada na Carta de Concessão, tendo este cessado em novembro de 1998. No final de 2007, o segurado, agora autor, ajuíza ação pretendendo o restabelecimento do referido benefício, cessado há quase 10 anos atrás, alegando que o INSS agiu de forma ilegal ao cessá-lo sem que o mesmo tivesse readquirido condições de trabalho. A defesa do INSS em Juízo, nesse tipo de ação, acaba por ser prejudicada eis que, em se tratando de concessão muito antiga, por vezes a Autarquia Previdenciária não encontra o processo administrativo de concessão, até mesmo porque o seu dever de guarda desses processos, em regra, é de 5 anos. Assim, não é possível verificar se o autor pleiteou ou não o restabelecimento do benefício. Ora, será nesse caso justo que o INSS seja obrigado a pagar todo o período em que o segurado esteve sem receber benefício, mesmo sabendo que o grande culpado é o próprio autor, que demorou quase 10 anos para ajuizar uma ação judicial, sem nem mesmo ter requerido novamente o benefício? A solução para este caso está na aplicação das teorias do *venire contra factum proprium* e *supressio*, teorias

que já são bem aceitas em nossa jurisprudência pátria¹³, eis que o INSS tinha a legítima expectativa de não esperar que uma pessoa que ficou anos sem receber o benefício de auxílio-doença e somente havia recebido prestação equivalente a um mês de benefício, venha agora a pleitear quase 10 anos de benefício.

6. CONCLUSÃO

Conforme se verificou no presente trabalho, as decisões do Poder Judiciário, por vezes (e muitas vezes), extrapolam o seu poder de Controle sobre a Administração Pública, afrontando diversos princípios constitucionais, como o princípio da independência e harmonias entre os poderes, o princípio atuarial do sistema da Seguridade Social, o princípio da legalidade, o princípio da vedação à extensão de benefícios da seguridade social sem prévia dotação orçamentária, princípio da reserva de plenário, dentre outros.

Assume, assim, as funções similares a de um administrador assistencial, concedendo benefícios e permitindo revisões que, por nosso ordenamento jurídico, não seriam admitidos. Frise-se que o Poder Judiciário não apenas está estendendo, de forma exacerbada, as normas da seguridade social, como tem deixado de aplicar teses, com fundamentos incontestáveis, que são favoráveis à Administração Pública, como a da decadência do direito à revisão de benefício previdenciário, do *venire contra factum proprium* e da *supressio*.

Isso faz com que haja um prejuízo incalculável ao erário público, gerando prejuízo ao cálculo atuarial de todo o sistema de Seguridade Social e causando insegurança jurídica à Administração no que tange às ações de política pública. O assistencialismo que está sendo praticado pelo Poder Judiciário agora, nas ações referentes aos benefícios da seguridade social, irá gerar prejuízos para as futuras gerações de segurados, inclusive com a possibilidade de ruptura econômica da Previdência Social, gerando sua “quebra”, sua “falência”.

Portanto, faz-se necessária uma reflexão aos operadores do Direito que atuam nessa área, a fim de questionar qual o país que esperamos no futuro. 📄

¹³ No Superior Tribunal de Justiça (STJ) há diversas decisões: AI 1.130.131, AI 1.113.634, AI 1.085.209, RESP 207.509, RESP 214.680, AI 921.308.

Distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP (Gás de Cozinha) e o Princípio Constitucional da Livre Iniciativa*

Rodrigo José Meano Brito
Juiz de Direito do TJ/RJ

1. INTRODUÇÃO

Tema de grande relevância hoje nos tribunais do País se refere às Ações Coletivas de Defesa do Consumidor manejadas pelo Ministério Público em face de distribuidoras de gás liquefeito de petróleo - GLP, vulgarmente conhecido como gás de cozinha, com suporte em inquéritos civis instaurados para apurar lesão e/ou risco de lesão à coletividade no que tange ao armazenamento do produto por parte dos revendedores.

Em síntese, busca-se a tutela jurisdicional para determinar que a ré: (i) não forneça, de qualquer forma, gás liquefeito de petróleo em botijões, em quantidade superior à capacidade de armazenamento do revendedor adquirente, registrada na ANP; (ii) não forneça, de qualquer forma, GLP a revendedores não autorizados pelos órgãos fiscalizadores; (iii) não forneça, de qualquer forma, GLP em botijões a revendedores que, conforme consulta

* Sentença prolatada em 10/03/2009 nos autos do processo nº 2008.001.072449-1 em trâmite perante o juízo da 6ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro - Ação Coletiva de Defesa do Consumidor movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Liquegás Distribuidora S/A.

à ANP, armazenarem os botijões em desconformidade com a regulamentação pertinente; (iv) comunique à ANP e ao Corpo de Bombeiros a eventual ocorrência de indícios de irregularidades de que tenha ciência, relacionadas à violação das normas específicas do setor pelos revendedores com os quais negocia, especialmente no que tange ao fornecimento de GLP, por estes últimos, a revendedores clandestinos (não autorizados).

2. A ATIVIDADE ECONÔMICA DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO E O REGIME DA LIVRE INICIATIVA

É cediço que a pessoa jurídica de direito privado que exerce a *atividade econômica de distribuição de gás liquefeito de petróleo* o faz em regime de *livre iniciativa*.

No Brasil, a *liberdade de iniciativa* foi elevada à categoria de *Princípio Fundamental da República*, conforme se vê logo do artigo inaugural da Constituição Federal de 1988. A defesa da liberdade econômica é confirmada no artigo 5º, na liberdade de ofício, de expressão, de associação, na proteção do patrimônio material e imaterial, entre outros.

Ao tratar da *ordem econômica*, o princípio é reafirmado, *assegurando-se o exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização*, ressalvadas as hipóteses definidas em lei, bem como se explicitando o direito à liberdade de concorrência.

Com efeito, a todos é assegurado o livre acesso e permanência no mercado, e para a defesa de tais direitos e prerrogativas o artigo 173, § 4º da Lei Maior estabelece que a repressão ao abuso de poder econômico, que vise à dominação do mercado, à restrição à concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, será disciplinada em lei ordinária.

O art. 174 da Constituição da República de 1988, por sua vez, estabelece o papel normativo e regulador da atividade econômica, cabendo ao Poder Público fiscalizar, incentivar e planejar, de modo que formulada a política pública, seu acompanhamento é outorgado, por lei, à agência reguladora, que atua no campo da ação exclusiva do Estado. Portanto, cabe à agência reguladora executar

ações que podem implicar na restrição da liberdade empresarial em prol do interesse coletivo.

Tal restrição somente deve ser executada concretamente por pessoa jurídica de direito público, o que, aliado à autonomia para o desempenho dessa função, justifica, no direito brasileiro, a adoção da forma autárquica como a ideal para a descentralização da regulação estatal.

Não há, pois, violação ao *princípio da legalidade por parte das distribuidoras*, eis que são as agências reguladoras, no caso em tela a Agência Nacional de Petróleo - ANP, quem têm a função fiscalizadora e a competência definidas na Lei nº 9.478/97, de modo que não se pode exigir das distribuidoras nada além dos limites que lhe são autorizados pela ANP.

3. A FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS INTEGRANTES DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO PELA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP

A Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.95, flexibilizou o monopólio das atividades ligadas à exploração do petróleo e do gás natural, e foi disciplinada pela Lei nº 9.478, de 06.08.97, que “Dispõe sobre a Política Energética Nacional, as Atividades Relativas ao Monopólio do Petróleo, Institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, e dá outras providências”.

A Lei nº 9.478/97 instituiu a *Agência Nacional do Petróleo - ANP* como entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia. Sua finalidade é promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe, dentre outras atribuições:

“XIII - fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 08 de fevereiro de 1991;”

Ademais, pelo princípio da legalidade no direito brasileiro, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II), o que se reforça pelo princípio da legalidade administrativa, por força do qual a Administração só pode agir se devidamente autorizada por lei (CF, art. 37); no direito brasileiro, as agências reguladoras integram a Administração Pública (assumindo, na maioria dos casos, a forma autárquica) ou recebem delegação legal para a regulação.

Neste contexto, não só o particular é livre para agir até que a lei diminua tal liberdade, como a Administração só está autorizada a agir quando houver interesse público reconhecido em lei, impondo-lhe o dever de agir.

Após a edição da Portaria nº. 297/03 e da Resolução nº 15/05, as normas da ANP sobre distribuição e revenda de GLP passaram a cuidar exclusivamente de dois temas, a *segurança* dos recipientes transportáveis de GLP e o *combate à informalidade* no setor de revenda.

Neste contexto, conclui-se que, por força do princípio da livre iniciativa, e no exercício da atividade econômica de distribuição de gás liquefeito de petróleo, não cabe às distribuidoras fiscalizar a forma de armazenamento dos botijões de GLP por parte dos revendedores, porquanto se trata de atividade típica de fiscalização no exercício da função administrativa de polícia que, a toda evidência, deverá ser exercida pelo Poder Público diretamente ou por seus órgãos e agências reguladoras.

Portanto, afigura-se incabível obrigar o distribuidor a limitar o fornecimento de GLP aos revendedores autorizados, ainda que haja resolução da ANP estabelecendo os limites de armazenamento dentro das normas de segurança, porquanto a norma se destina aos revendedores, e a fiscalização da atividade está diretamente relacionada ao exercício da função de polícia administrativa que, a toda evidência, não pode ser exercida pelo distribuidor, mas recai sobre o Poder Público.

Não há dúvida de que a questão do armazenamento de GLP por parte dos revendedores (inúmeros clandestinos) traz risco à coletividade, gerando, inclusive, acidentes graves, por se tratar

de produto inflamável. No entanto, eventual omissão do Poder Público não pode ser atribuída às distribuidoras. Cabe-lhe cumprir as normas de segurança e distribuir o GLP aos revendedores autorizados (conforme relação disponível no site da ANP). No entanto, o credenciamento/descredenciamento das revendedoras e, ainda, a fiscalização das condições e capacidade de armazenamento não cabem à distribuidora, mas à Agência Nacional de Petróleo.

A comercialização clandestina, inclusive por traficantes e milicianos, o armazenamento inadequado do produto e o eventual repasse ao “mercado paralelo” de botijões distribuídos legalmente aos revendedores autorizados fogem completamente ao campo de controle e competência legal das distribuidoras no exercício da sua atividade econômica. Especialmente no Rio de Janeiro, trata-se de um problema de ordem pública, e como tal deve ser combatido pelo Poder Público.

4. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, consideramos que:

a) é dever das distribuidoras fornecerem gás liquefeito de petróleo - GLP somente aos revendedores autorizados pela Agência Nacional de Petróleo - ANP, bem como zelarem pelo cumprimento de todas as normas de segurança, notadamente no que tange à orientação dos revendedores quanto às condições de armazenamento de botijões de gás, na forma do art. 21 da Portaria ANP nº 297/03;

b) por força do princípio da livre iniciativa e no exercício da atividade econômica de distribuição de gás liquefeito de petróleo não cabe às distribuidoras fiscalizar a forma de armazenamento dos botijões de GLP por parte dos revendedores, porquanto se trata de atividade típica de fiscalização no exercício da função administrativa de polícia, que deverá ser exercida pelo Poder Público diretamente ou por seus órgãos e agências reguladoras;

c) afigura-se incabível obrigar o distribuidor a limitar o fornecimento de GLP aos revendedores autorizados, ainda

que haja resolução da ANP estabelecendo os limites de armazenamento dentro das normas de segurança, porquanto a norma se destina aos revendedores, e a fiscalização da atividade está diretamente relacionada ao exercício da função de polícia administrativa que, a toda evidencia, não pode ser exercida pelo distribuidor, mas recai sobre o Poder Público. 📄