

REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - v. 14 - n. 53 - 2011





EMERJ

Revista da EMERJ

V. 14 - N. 53 - 2011
Janeiro/Fevereiro/Março

© 2011 EMERJ

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

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

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

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

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

Trimestral.

ISSN 1415-4951

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

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

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

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Av. Profº. Pereira Reis, nº 119 - Santo Cristo - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20220-901
Telefones: (21) 3626-3102 / 3626-3127 / 3626-3128 - Fax: (21) 3626-3266
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha

- 6 | Apresentação**
- 7 | Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos**
Álvaro Mayrink da Costa
- 16 | Cumprimento da Sentença Homologatória de Transação ou de Conciliação que Estabeleça Obrigação Pecuniária**
Daniel Roberto Hertel
- 24 | Sobre Religião, Crucifixos e Maiorias**
Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto
- 40 | Meio Ambiente do Trabalho e o Acesso à Justiça**
Elida Séguin
Evanna Soares
- 69 | Cidadania e Estado de Direito: breves reflexões sobre o caso brasileiro**
Emerson Garcia
- 78 | Intervenção Social Heterônoma da União Federal em Serviços Públicos Estaduais e Municipais. Instituição de Gratuidades no Transporte Público de Passageiros**
Flávio de Araújo Willeman
- 93 | Comportamento do Oficial de Protesto diante do Possível Abuso do Requerente. Comodismo ou Combate?**
João Bosco Cascardo de Gouvêa
- 108 | Em Defesa dos Embargos Infringentes: Reflexões Sobre os Rumos da Grande Reforma Processual**
José Augusto Garcia de Sousa
- 152 | Contratos Bancários: Polêmicas e Ilegalidades**
Leonardo Araujo Marques

- 179 | Delinquência Juvenil – Infraestrutura da Criminalidade Adulta**
Lia Pantoja Milhomens
- 197 | A Proibição de Comportamento Contraditório no Âmbito da Administração Pública: A Tutela da Confiança nas Relações Jurídico-Administrativas**
Lucio Picanço Facci
- 230 | Breves Comentários sobre Tópicos do Anteprojeto do CPC**
Luiz Guilherme Marques
- 265 | A Jurisdição na perspectiva publicista e privatista em países que adotam o modelo *civil law* no contexto da solução de demandas individuais de massa (Notas sobre o incidente de resolução de ações repetitivas previsto no PLS nº 166/10)**
Marcelo Pereira de Almeida
- 291 | Aspectos da Reforma do Judiciário**
Marcus Faver
- 308 | Guarda Compartilhada (Pequenos Apontamentos)**
Maria Cláudia Chaves
- 318 | Qual a unidade do Direito Privado? De uma concepção formal a uma concepção material do Direito Privado**
Stefan Grundmann
- 345 | A Prova Ilícita na Lei N. 11.690/08**
Sauvei Lai
- 350 | Uma releitura a respeito do ônus da prova no processo penal**
Sergio Demoro Hamilton
- 356 | O afeto entre enteados e padrastos**
Siro Darlan

Apresentação

No momento em que assumimos a Direção da Escola de Magistratura (EMERJ), cumpre reiterar nossa intenção de agregar valor às iniciativas anteriormente empreendidas, quanto aos propósitos da Revista da EMERJ. Nesse sentido, é de direito explicitar de público nossas homenagens ao esforço e aos resultados do trabalho relevante desenvolvido ao longo de tantos anos pelo Desembargador Décio Gama, verdadeiro artífice e pioneiro das realizações da Revista, desde sua fundação.

Na tentativa de promover avanços e nos irmarmos a iniciativas do gênero em outros Tribunais, a partir de agora, a Revista da EMERJ será veiculada por meio eletrônico, com alicerces no propósito de democratizar o acesso à informação, bem como de tornar mais funcional a interação do periódico com seus leitores potenciais, que, a par dos magistrados, incluem outros pensadores e profissionais interessados na problemática que instiga a reflexão sobre o direito contemporâneo.

Considera-se ainda oportuno registrar sinceros agradecimentos ao Desembargador Geraldo Prado que, com sua experiência acadêmica, nos impulsionou nessa direção, ao jornalista Irapuã Araujo, editor da Revista e à servidora Maria Cristina João de Fonseca Passos, por sua valiosa contribuição para a viabilização deste número e do futuro projeto da Revista da EMERJ.

Ao mesmo tempo em que se manifesta grata satisfação pelo resultado obtido, impõe-se que se busque o contínuo aprimoramento, tendo em mente a persistente e revigorada evolução da produção científica jurídica. Instiga ainda nossa capacidade a intenção de que esta Revista venha alcançar o padrão QUALIS, servindo como repositório da produção bibliográfica e técnica dos corpos docente e discente desta Escola, albergando, numa visão interdisciplinar, também trabalhos veiculados pelos pensadores das demais áreas das ciências sociais.

Des. Leila Mariano

Diretora-Geral da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ)

Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ e
Professor da EMERJ.*

1. A atividade legislativa do Estado na esfera penal não pode ser ilimitada ou direcional, pois, diante de um Estado social e democrático de Direito, é inadmissível uma atuação ilimitada. No âmbito jurídico-penal estatal, determinados princípios e critérios normativos *limitam* o poder punitivo: **a)** os princípios consagrados na Carta Política; **b)** os princípios jurídicos de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico conjunto; **c)** os princípios singulares estruturais de fundamentação e legitimação do Direito Penal. Sem os *limites jurídicos*, estaríamos diante de um Direito Penal autoritário, antidemocrático, não pluralista e inconstitucional. O Direito Penal apresenta como característica natural ser um ordenamento legal e juridicamente limitado, sujeito a garantias normativas e tem como escopo garantir direitos e liberdades.

2. Jakobs advoga *limitações* ao direito de punir, diante da perspectiva de legitimação da intervenção na criação de normas que punam comportamentos sem referência precisa a bens jurídicos determinados, ou que supõem manifesta *antecipação* de sua proteção jurídico-penal. Lembro o trabalho "*Criminalização no estado prévio à lesão ao bem jurídico*", em que faz oposição ao que denomina "*despreocupado positivismo*", que diz caracterizar a doutrina e parte para fundamentar os estritos limites à atividade punitiva do Estado, tendo como marco inicial a *definição da posição jurídica do cidadão* em regime de liberdade, em cujo pata-mar realiza a reformulação do *princípio do ato* e da exigência da proibição de um comportamento *sem* referência a bens jurídicos. Admite que não haveria vantagem em afastar a *doutrina do bem jurídico* e apelar diretamente para a *doutrina da danosidade social da conduta*, pois iria gerar o inconveniente do *favorecimento da protelação de bens jurídicos* marcadamente pessoais com base no *princípio da utilidade pública*. Defende uma *desvinculação* da *missão* do Direito Penal, a respeito da *função de*

proteção do bem jurídico, entendendo que tal *missão* é mais do que *confirmar a vigência da norma*, constituindo-se no *asseguramento* das expectativas normativas essenciais. Conclui que o Direito Penal deve *assegurar* a vigência de valores positivos de caráter eticosocial dentro do modelo welzeliano. Questiona a *ilegitimidade* da criminalização de condutas que têm lugar no *estado prévio* em relação à possibilidade de *neutralizá-las* pela *proteção de bens jurídicos antecipados* (paz pública, segurança pública, clima favorável ao direito). A *aceitação de antecipação da punibilidade* apresenta várias explicações que considera *plausíveis*, como a tendência à subjetivação de diversas fontes (o princípio da culpabilidade, a orientação do autor e a personalização do injusto). Sustenta que não se pode excluir a tendência à antecipação alimentada de nova tendência à subjetivação, de forma que ambas se apoiam aparentemente em um *modo recíproco e circular* (argumentos preventivos e policiais em favor das antecipações).

3. Não podemos olvidar, no modelo de Direito Penal mínimo, perante o racionalismo jurídico garantista, os *limites* ou as *proibições* intervencionistas do Estado, na busca de um ideal de racionalidade e certeza. O Direito Penal é *racional* na proporção da *previsibilidade* das intervenções estatais. Repudiamos a postura de um *modelo de aspiração autoritária*, que é perseguida pelo Direito Penal máximo. Os limites normativos do Direito Penal subjetivo, de conformidade com os *princípios constitucionais* que fundamentam o direito de punir estatal, apresentam multifacetadas índoles: **a)** *limites jurídicos constitucionais em sentido estrito*, que provêm de *valores superiores* do ordenamento positivo, de valores que transcendem ao âmbito do Direito Penal; **b)** *limites objetivos funcionais*, que derivam da própria natureza da coisa e da própria finalidade do Direito Penal, pois em tal esfera se desenvolve toda a virtualidade; **c)** *limites estruturais*, que se deduzem de singulares princípios gerais informadores do ordenamento jurídico-penal. Não se pode esquecer a *primazia normativa* da lei constitucional nas hipóteses de conflitos normativos que exijam um tratamento *técnico, jurídico, conceitual e sistemático*, tendo como patamar os *princípios fundamentais*.

4. Sabe-se que o *conceito de bem jurídico* deve ser procurado na *realidade social*, a qual deve ser conjugada com as plúrimas variantes do progresso e do bem-estar da sociedade. Para a essência dogmática, o bem jurídico assume prevalente significado para um correto entendimento nos planos *valorativo, metodológico e normativo*. Fala-se da “*perversão do bem*”

jurídico” ao se referir à sua imprecisão conceitual; daí, o questionamento de se fixar o conceito concreto de bens jurídico penais identificados como os bens constitucionalmente protegidos. O *conceito de bem jurídico* requer uma *precisa* delimitação dogmática e uma *coerente* ponderação técnica, referidas no âmbito da própria descrição nuclear de cada tipo de injusto merecedor da proteção penal. Para estabelecer que *bens* e *valores* sejam merecedores de uma norma exige-se a *especial relevância* na vida social (*ultima ratio* do controle social).

5. Observamos os *limites constitucionais em sentido estrito* através do: **a)** *princípio da legalidade* (exigência jurídica fundamental do Direito Penal contemporâneo); **b)** *princípio da igualdade* (abolição dos privilégios e das prerrogativas para prover a garantia da estabilidade social); **c)** *princípio da humanidade* (respeito à dignidade humana, desde toda intervenção punitiva em geral, compreendendo os *aspectos valorativos* (natureza e conteúdo) e os aspectos teleológicos da pena (fim perseguido formal e executivo); **d)** *princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso* (gravidade da ação e pena prevista no tipo penal), que pode ser *abstrata* (cominação) ou *concreta* (aplicação); **e)** *princípio do ne bis in idem* (análise da tríplice identidade de *fato, fundamento* e *sujeito*, como direito de defesa do cidadão junto ao Estado, evitando-se a duplicidade de sanções); **f)** *princípio da intolerabilidade* (rege a necessidade ou não da criminalização ou descriminalização do comportamento que se torna insuportável ou admitido pela macrossociedade, quanto à instrumentalização dos controles sociais, a fim de garantir a paz social).

6. Nos *limites constitucionais objetivos e funcionais*, elencamos: **a)** o princípio da ação ou conduta (*Direito Penal de ato*). O Direito Penal moderno é um Direito Penal *de ato* (*Tatstrafrecht*) e não *de autor* (*Täterstrafe*) ou *da vontade* (*Willensstrafe*); **b)** *princípio de culpabilidade normativa pessoal* (culpabilidade como fundamento e limite da pena); **c)** *princípio de proteção dos bens jurídicos* (princípio de ofensividade ou lesividade); **d)** *princípio de prevenção* (conjuga-se com o *princípio da tutela do bem jurídico*, pois confluem para o mesmo efeito, visto que o Direito Penal tem uma tarefa *seletiva, valorativa* e *protetora* de bens e valores da pessoa humana e da macrossociedade); **e)** *princípio de ressocialização* (a pena não pode ser uma ferramenta política do legislador de uso arbitrário no Estado de Direito e a sua legitimação material e específica função preventiva geral está direcionada para o cumprimento da função preventiva

especial por meio da (re)inserção social do apenado). Ainda se poderiam alinhar outros princípios penais em relação ao *ordenamento jurídico conjunto* (princípios de relevância em outras instâncias normativas), podendo ser citados os critérios de caracterização do Direito Penal (*princípio da intervenção mínima e necessária subsidiariedade, fragmentação e o princípio de singular coercitividade das normas penais*). Os limites estruturais do Direito Penal derivam das próprias características subjetivas estatais (titularidade estatal, legalidade positiva, garantia processual, garantia jurisdicional e garantia de execução penal).

7. O *princípio de proteção dos bens jurídicos* situa-se no estudo das *funções* do Direito Penal no Estado social e democrático de Direito. A posição doutrinária majoritária na dogmática penal contemporânea é de que o Direito Penal cumpre uma *função de tutela ou proteção dos bens e valores* fundamentais indisponíveis para o desenvolvimento na vida da sociedade diante dos constantes conflitos. Tais *bens* ou *valores* do indivíduo ou da comunidade são centrais na *sociedade pluralista e liberal* e recebem a denominação de bens jurídicos (*Rechtsgute*). O *conceito de bem jurídico* se converte em *conceito central do Direito Penal*, sendo objeto típico de proteção das normas penais. De harmonia com o exposto, todo injusto típico, que lesiona ou coloca em perigo um bem jurídico, possui como conteúdo material a *lesão* ou *perigo* ao bem jurídico protegido no tipo penal. Portanto, na qualidade de valor inserido na esfera da finalidade da ordem jurídica, exerce uma *função protetora do indivíduo*. A *proteção dos bens jurídicos*, feita através da apreciação axiológica realizada pelo *legislador*, fica submetida a três condicionamentos: **a)** dignidade de proteção do bem que se completa segundo um valor conferido pela cultura; **b)** necessidade de proteção assentada na susceptibilidade de ataque; **c)** capacidade de proteção, constatável através da própria natureza do respectivo bem. Os critérios de apreciação devem ser *jurídicos*.

8. A publicação do artigo de Birbaum, *Über das Esfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffdes-Verbrechens* (1834), marca o início da história doutrinária e político-criminal do *conceito de bem jurídico*, dando oportunidade para um *novo paradigma geral de compreensão* do injusto, fazendo também emergir novos referentes ontológicos da antijuridicidade penal e imprimindo um novo sentido à ideia de *danosidade social*. Ressalte-se que até aquele momento eram os *direitos* que estavam no centro da discussão suscitada pelo injusto penal, com destaque os *homens e suas*

relações, estas reconhecidas pelo direito, e que, como direitos, pertenciam à esfera do espírito. A partir de então, são *bens* que passam a construir o essencial.

9. Na concepção de Von Liszt é central a equiparação do *conceito de bem jurídico* ao interesse do homem ou da coletividade, constituindo-se em interesses vitais relações de vida, interesses juridicamente protegidos. Sublinha-se que o bem jurídico é sempre *bem jurídico da totalidade*, por mais individual que possa ser. As definições de bem jurídico propostas por Von Liszt denunciam outro percurso metodológico e político-criminal ao concluir que os bens jurídicos são os *interesses* com a densidade e função com que a vida faz emergir, na medida da proporção que lhes é juridicamente assegurada. Não podemos esquecer que Binding assinala que se tem que partir do postulado de que o *legislador* desejou proibir a *ação danosa*, porém não pode prescrever o que seja *socialmente danoso*. Registre-se que Binding e Von Liszt colocaram o *conceito de bem jurídico* no centro da construção da doutrina do injusto e converteram-no em polarizador das controvérsias pertinentes ao *objeto* e ao *conteúdo* material da antijuridicidade.

10. Em virtude da influência da filosofia neokantiana dos valores, a teoria metodológica postula a conexão entre o *fim da norma* e o próprio *objeto da tutela penal*, traduzindo o fim perseguido pelo legislador na construção de cada tipo penal. O bem jurídico se originaria da mera vontade legislativa. O *conceito de bem jurídico* não pode ser confundido com o *fim da norma*. Na busca da resposta do estabelecimento do bem jurídico destaca-se o trabalho de Rudolphi, dando ênfase ao aspecto crítico do objeto da tutela penal no plano político-criminal e legislativo-dogmáticos, salientando que a única tarefa legítima do Estado seria a *proteção de seus direitos* e dos *direitos de seus cidadãos* para a realização dos fins definidos no contrato social.

11. Seguindo Sax e Roxin, sustenta-se que as decisões valorativas só estão contidas e podem ser compreendidas a partir da Constituição. Roxin escreve que o *conceito de bem jurídico* tem que ser plasmado na Constituição, pois “*os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.*” Lembra a *mutabilidade conceitual* do bem jurídico dentro do *marco constitucional aberto* as transformações sociais e progressos do conhecimento científico.

12. Amelung dá ênfase à tese de *ruptura do pensamento iluminista* de um Direito Penal limitado às condições básicas da convivência humana e a doutrina do bem jurídico. Emanam de uma *decisão de valor do legislador*; daí a *legitimação* do Direito Penal a partir da *proteção dos bens jurídicos* significar a legitimação por ele próprio. Apela para a *teoria sociológica* como fundamento das condições de convivência humana (*Bedingungen menschlichen Zusammenlebens*), inaugurando uma nova doutrina da criminalização e da antijuridicidade material, construída à margem do conceito, privilegiando a *teoria do sistema social* nas versões de Parsons e Luhmann e definindo como *socialmente danoso* uma manifestação de disfuncionalidade, um fenômeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção. O sistema social seria o *“lugar de determinação dos efeitos socialmente danosos do crime.”* Na sua construção o Direito Penal tem que assegurar as *condições de convivência humana*, o que não significa que a pessoa tenha que ser protegida por ela própria, mas por causa da sociedade. Defende a *obediência absoluta* do Direito Penal do *princípio da danosidade social* e, com a atenção ao modelo iluminista, propõe um Direito Penal *liberto* das amarras das valorações do legislador e diretamente ancorado numa representação sociológica das condições da vida na sociedade.

13. A crítica de Hassemer é acertada em relação à doutrina de Amelung, pois o *problema da danosidade social* dos atentados diretamente infringidos à pessoa só pode ser solucionado a partir da ideia de que *“nenhum sistema de interação pode existir sem pessoas”*. A inovadora metodologia busca conceituar os bens jurídicos não como produto de processos naturais, mas como um acordo baseado na experiência, limitando o *ius puniendi* e estabelecendo critérios de racionalidade seletiva e legitimadora dos bens jurídicos a serem eleitos. Anota-se a posição de Lampe na mesma vertente de M. E. Mayer, com patamar nos *valores culturais*, através de sua definição de que os bens jurídicos são valores culturais em cuja subsistência a comunidade confia e para cuja tutela reputa como necessária a intervenção coativa.

14. Welzel coloca que a *missão* do Direito Penal é de *natureza eticossocial* e de *caráter positivo*, e só assegurando os elementares valores sociais de ação se poderá lograr uma proteção realmente *duradoura* e *eficaz*, concluindo que, apenas através desta ampla função, o Direito Penal será garantidor à proteção de bens jurídicos. Certifica Figueiredo Dias que

incumbe ao Direito Penal a *exclusividade de proteção dos bens jurídicos* e não a *moralização de seus cidadãos nem da ética da sociedade*.

15. Jakobs se propõe a ultrapassar o *dogma do bem jurídico*, substituindo-o por um *princípio da danosidade social* na linha da teoria sociológica, salientando-se na sua concepção o seu transcendentalismo normativista. O Direito Penal e a pena só teriam sentido em razão da manutenção da ordenação social, constituindo para o seu funcionamento sem perturbações. Ratifica que só a *danosidade social* pode constituir fundamento para a *legitimação da punibilidade*. Eleva a *norma* à categoria de *bem jurídico*, imaginando a *integração* das dimensões *sociológica* e *normativa*. Como se vê, com efeito, em números cada vez maiores as projeções normativas de complexas funções sistêmico-sociais que surgem na constelação dos bens jurídicos dos contemporâneos ordenamentos penais. Não vejo como desautorizar a posição de Roxin de que os *limites* de um Direito Penal orientado à *proteção dos bens jurídicos* se vê nos tempos contemporâneos afetado por casos da chamada *legislação simbólica*. Roxin sublinha que o *conceito de bem jurídico* só proporciona um critério para o labor do *legislador* e do *aplicador* do Direito em cada caso concreto.

16. O bem jurídico é o *bem* ou *valor* considerado pela norma penal como merecedor e necessitado de proteção jurídica, diante do *princípio de intolerabilidade do conflito*, para garantir a paz social. Portanto, embora não requeiram qualquer tipo de classificação, pois todos têm sua origem na pessoa humana, segundo seu *titular*, a doutrina classifica: **a) individuais** (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio); **b) coletivos** (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública e paz pública); **c) estatais** (administração da justiça, soberania, ordem pública e econômica); segundo a *percepção*: **a) concretos** (vida, integridade física, patrimônio); **b) abstratos** (incolumidade pública, fé pública, paz pública); segundo a *natureza*: **a) naturais** (vida, integridade física); **b) somáticos** (patrimônio, administração pública e econômica). Toda norma tem um objeto e todo objeto possui um interesse.

17. O *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos* estratifica a *função fundamental* do Direito Penal. No Estado democrático de Direito as questões de *ordem religiosa* ou *ideológica* devem *prescindir* de regulamentações jurídico-penais. Welzel advogava que a *tarefa central* do Direito Penal residiria em assegurar a *validade dos valores eticossociais positivos de ação*, no que se *contesta*, pois as funções tutelam a *moral imposta*,

que *não constitui bem jurídico*. O princípio diz que o injusto se concebe substancialmente como lesão *efetiva* ou *potencial* de bens jurídicos. Schaffstein denunciava em 1936 que a configuração do injusto como *lesão* de bens jurídicos era “*um característico produto da ideologia do Estado liberal clássico*”. A consideração do injusto como *lesão* de bens jurídicos era substituída pela consideração do delito como *violação do dever*. No amplo setor doutrinal, à época do nacional-socialismo, entendia-se que o Direito Penal *não* devia reprimir os ataques a *determinados* bens jurídicos, mas sim as *manifestações* de uma *vontade infiel* do indivíduo frente aos *deveres para com o povo*.

18. Das noções de *bem* e *interesse* atingem-se as de *objeto jurídico* e *dano* (perigo). O *objeto jurídico* da tutela normativo-penal é o bem (ou interesse) ofendido (lesado ou posto em perigo) pelo injusto. Rocco referia-se a um objeto jurídico *formal*, direito do Estado à observância dos preceitos penais, e a outro *substancial*, que se subdividia em *genérico* (interesse do Estado em assegurar as condições existenciais da vida em comum) e *específico* (bem ou interesse ofendido pelo crime). Carnelutti levantou contra o chamado *objeto substancial genérico* objeção irresponsável: o interesse do Estado na própria conservação não é interesse protegido pela norma, mas razão de ser do *preceito* e da *sanção*. O verdadeiro objeto da tutela jurídico-penal é aquele que Rocco denominou *substancial específico*. *Dano* é a perda (privação, subtração ou sacrifício) ou a diminuição (limitação, *restrição*) de um bem ou interesse. *Dano jurídico* é esta mesma perda ou limitação de um *bem* ou *interesse* garantido pela norma, objetiva ou subjetivamente. *Dano* (prejuízo) é tudo aquilo que acarreta dor à pessoa humana e deveria ser definido como a alteração *in pejus* de um interesse. Inexistem bens jurídicos *supra-individuais*, mas sim *coletivos*, que não se podem dispor individualmente.

19. Na *hierarquização legal* da proteção aos bens e interesses, temos: **a)** pessoa humana; **b)** patrimônio; **c)** propriedade imaterial; **d)** organização do trabalho; **e)** sentimento religioso e respeito aos mortos; **f)** dignidade sexual; **g)** família; **h)** incolumidade pública; **i)** paz pública; **j)** fé pública; **l)** administração pública.

20. O bem jurídico desempenha duas funções relevantes: **a)** *garantidora* ou *limitadora* da tarefa legiferante penal; **b)** *teleológica-sistemática*, básica para limitar a tentação de aumento da matéria de proibição, avassaladora do Direito Penal. Tal tarefa implica introduzir o pensamento

teleológico na construção dogmática. Assume iniludível função de caráter axiológico de singular relevância no plano científico do Direito Penal, com destaque para o momento de ponderação dos singulares objetos estimados normativamente como merecedores da tutela, bem como na determinação dos fins das normas jurídico-penais e dos singulares tipos, tanto em referência ao âmbito de fundamento do injusto, quanto às causas de justificação. No século XXI está presente a questão do Direito Penal do *perigo*, do *risco* ou da *emergência*, e, daí, a meditação sobre o *futuro* da proteção aos bens jurídicos. ❖

Cumprimento da Sentença Homologatória de Transação ou de Conciliação que Estabeleça Obrigação Pecuniária

Daniel Roberto Hertel

Professor e advogado militante. Pós-graduado em Direito Público e em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória-ES. Mestre em Direito Processual pela FDV - Faculdades Integradas de Vitória-ES.

1 - INTRÓITO

O processo civil foi objeto de profundas modificações nos últimos anos. De fato, vários projetos de leis foram aprovados com o escopo de modernizar o instrumento da atividade jurisdicional. Dentre os diversos diplomas normativos aprovados, grande relevância pode-se conceder para a Lei n. 11.232/05, que, dentre outros aspectos, modificou o procedimento de cumprimento de sentença.

Questão que merece análise, nesse contexto, é a relacionada ao cumprimento da sentença que homologa a transação ou a conciliação realizada entre as partes. Realmente, na praxe forense é comum observar a realização de acordos entre os litigantes para pôr fim aos processos judiciais. Ademais, nos termos do art. 125, inc. IV, do CPC, compete ao magistrado “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

De toda sorte, uma vez homologado eventual acordo entre as partes, caso o mesmo não seja cumprido, haverá azo à atividade jurisdicional executiva. Por outras palavras: caso não seja honrado o acordo celebrado pela parte, o prejudicado poderá requerer ao juiz que seja encetada a atividade de realização, de concretização do direito que foi reconhecido na sentença que homologou o acordo.

Neste ensejo, pretende-se realizar uma digressão sobre os diversos aspectos relacionados ao cumprimento da sentença homologatória de acordo que contemple obrigação pecuniária.

2 - A SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE CONCILIAÇÃO OU DE TRANSAÇÃO COMO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

Reza o art. 585, inc. III, do Código de Processo Civil que constitui título executivo judicial “a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo”. Insta registrar que a conciliação e a transação não se confundem. A primeira é realizada perante o magistrado, que exerce influência em relação às partes. Já a segunda é realizada na esfera extrajudicial, mas é levada, num segundo momento, para ser homologada pelo magistrado. Em ambas as situações, de toda sorte, já há litispendência¹.

É importante registrar, da mesma forma, que a conciliação e a transação podem versar sobre matéria não posta em juízo pelo autor. O autor, embora seja o responsável por estabelecer o limite da demanda na peça vestibular, poderá realizar um acordo com a parte *ex adversa* que verse sobre matéria não constante da sua peça exordial.

De qualquer sorte, o limite para a aplicação pelo magistrado do art. 585, inc. III, do CPC é a competência em razão da matéria. Não pode, com efeito, o juiz homologar um acordo que verse sobre matéria não posta em juízo pelo autor se não tiver competência *ratione materiae*. Um juiz da vara cível, por exemplo, não pode homologar acordo que verse sobre questão cível e também trabalhista².

¹ Esclareço que a expressão “litispendência” é utilizada no texto não no sentido de existência de duas ações em curso com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, como previsto no art. 301, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil. A expressão “litispendência”, com efeito, é utilizada no sentido de lide pendente, ou seja, no sentido de ação em curso.

² É oportuno registrar que o art. 485, inc. II, do CPC esclarece ser cabível a ação rescisória para rescindir a sentença de mérito “proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente”. O inciso VIII do mesmo preceptivo esclarece ser cabível a ação rescisória para desconstituir a sentença quando “houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença”. De outro vértice, o art. 486 do mesmo código reza o seguinte: “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”. Indaga-se, então, sobre qual é o mecanismo correto para desconstituição da sentença que homologa um acordo e que foi prolatada por juiz absolutamente incompetente? Na doutrina, Sérgio Gilberto Porto esclarece o seguinte: “Para bem compreender o artigo 486 e sua convivência com o inciso VIII, do art. 485, ora examinado, é necessário, de logo, saber que é possível a ação de anulação do negócio jurídico ajustado pela partes, não obstante a existência de sentença homologatória passada em julgado. Usa-se também essa hipótese quando o vício está no negócio jurídico homologado e, por decorrência, é este que deve ser atacado pela via da ação anulatória. Diversa, contudo, é a situação em que o vício aparece na própria decisão homologatória, e não no negócio jurídico, tal como quando a decisão é proferida por juiz absolutamente incompetente. Diante desse quadro, estando o vício – exclusivamente – presente na sentença, contra esta tomar-se-á a providência adequada para invalidá-la, ou seja, a propositura da devida ação rescisória” (PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, v. 6. p. 333 e 334). Sobre o exposto, é oportuno citar, ainda, o seguinte escólio: “(...) quando a parte pretende impugnar a transação em razão de um vício na sua formação, o caminho adequado é a ação anulatória - art. 486, CPC -, agora quando esse vício não for da própria transação, mas sim do ato homologatório da transação, a ação cabível é a rescisória” (DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. **Ação Rescisória**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 171). Há orientação, contudo, na jurisprudência, com a qual não concordamos, no sentido de que a ação rescisória é a via inadequada para

Quadra registrar, ainda, que o art. 585, inc. V, do Código de Processo Civil esclarece ser título executivo judicial “o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente”. O preceptivo pouco se difere do inciso III do art. 585 do CPC, dantes mencionado. De todo modo, a principal diferença apontada pela doutrina³ é que, na hipótese do inciso V, do art. 585 do CPC não há ação ajuizada, enquanto na situação prevista no inciso III, do art. 585 do CPC já há uma ação em curso.

3 - PROCEDIMENTO A SER ADOTADO PARA EXECUÇÃO DO ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE

Indaga-se sobre a forma de execução da sentença homologatória do acordo que contemple obrigação pecuniária não cumprida pelo devedor. *In casu*, aplica-se o rito do art. 652 do Código de Processo Civil, com a concessão do prazo de três dias para realização do pagamento, sob pena de penhora? Ou, então, o rito do art. 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil, com a concessão do prazo de quinze dias para pagamento, sob pena de incidência de multa de dez por cento do valor da condenação?

Na doutrina há quem sustente que o rito do art. 475-J, *caput*, do CPC, bem como a possibilidade de aplicação da multa de dez por cento do valor da condenação somente seria aplicável nos casos de sentença condenatória⁴. Com efeito, o art. 475-J, *caput*, do CPC faz referência ao devedor “condenado ao pagamento de quantia certa”. De acordo com essa

impugnação do acordo homologado judicialmente. No sentido do exposto: “AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO JUDICIAL DEVIDAMENTE HOMOLOGADO. IMPUGNAÇÃO AO ATO NEGOCIAL FORMALIZADO PELAS PARTES. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. A impugnação do acordo judicial formalizado entre as partes deve ser feita pela ação anulatória prevista no artigo 486, do CPC, sendo inadequado o manejo de ação rescisória para esse fim. - Preliminar acolhida. - Processo extinto sem resolução do mérito” (TJMG; ARES 1.0000.06.439817-5/0001; Belo Horizonte; Sétima Câmara Cível; Rel.^a Des.^a Heloísa Combat; Julg. 09/10/2008; DJEMG 21/11/2008). No mesmo sentido: “AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. DESCABIMENTO. A sentença meramente homologatória de transação judicial não pode ser objeto de ação rescisória. Interpretação do artigo 486 do CPC. Precedentes jurisprudenciais. Ação julgada extinta, sem resolução do mérito, em decisão monocrática (TJRS; AR 70024859134; Itaquí; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Ergio Roque Menine; Julg. 07/08/2008; DOERS 15/08/2008; p.60)”.

3 No sentido do exposto: “Esse dispositivo possibilita que negócios jurídicos de transação sejam celebrados extrajudicialmente e, independentemente de ação judicial, isto é, mesmo que não haja ação pendente entre as partes celebrantes, seja homologado em juízo mediante petição simples dirigida ao juiz” (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. 565).

4 Sobre o mencionado, pode-se citar o seguinte escólio: “Outra observação importante diz respeito ao fato de que à sentença meramente declaratória que tenha eficácia executiva não se aplica a regra do art. 475-J, *caput*, no qual expressamente se lê que se o devedor não cumprir o comando condenatório contido na sentença, incidirá a multa de 10% do valor da condenação. Assim, como a sentença declaratória não impõe a realização do adimplemento, mas apenas certifica a existência da obrigação, então não poderia ser aplicada a regra do art. 475-J, *caput*, do CPC” (JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 174).

vertente, como na sentença que homologa o acordo não há efetivamente condenação, mas tão somente declaração de validade do que foi entabulado pelas partes, não seria aplicável o rito de cumprimento de sentença do art. 475-J do Código de Processo Civil.

Não vislumbro, particularmente, qualquer impossibilidade na utilização do rito do art. 475-J, *caput* do Código de Processo Civil para se obter a execução do acordo que foi homologado. O fato de o art. 475-J, *caput*, do CPC fazer referência à condenação em nada impede a execução do acordo homologado pelo rito nele previsto. Realmente, seria demasiado formalismo não se admitir a execução do acordo homologado pelo rito de cumprimento de sentença tão somente pela menção no dispositivo a devedor “condenado”.

Ora, o acordo homologado judicialmente constitui-se em título executivo judicial. E, como tal, deverá ser executado da mesma forma que os demais títulos executivos judiciais, isto é, pelo rito previsto no art. 475-J, *caput*, do CPC. Não me parece razoável, pelo mero fato de o preceito acima mencionado fazer referência à condenação, não se admitir a execução do acordo homologado pelo procedimento do art. 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ademais, em nenhum momento, o art. 475-J, *caput* do Código de Processo Civil proíbe a execução pelo rito nele previsto do acordo homologado judicialmente! Não havendo proibição expressa no texto legal, não me parece razoável deixar de aplicar o rito mais moderno e mais célere do citado preceito para a execução da sentença que homologa acordo.

A perspectiva instrumental do direito processual também conduz a essa conclusão. Não se pode mesmo admitir que a execução de uma sentença condenatória, oriunda da resolução de uma lide, seja diversa da execução de uma sentença que homologou um acordo celebrado entre as partes! Ambos os provimentos são ontologicamente idênticos; na essência, ambos são provimentos que resolvem o mérito da demanda. É o que se pode intrujir do disposto nos incs. I e III, do art. 269, do CPC.

4 - TERMO A QUO DO PRAZO DE QUINZE DIAS PREVISTO NO ART. 475-J, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O acordo homologado judicialmente, caso não seja cumprido, deverá ser executado. Como registrado alhures, o procedimento a ser adotado para essa situação é o previsto no art. 475-J, *caput*, do Código de Processo

Civil. Indaga-se, contudo, sobre o termo inicial de fluência do prazo de quinze dias, previsto no citado preceptivo, para realização do pagamento.

Insta esclarecer que o devedor terá, em princípio, o prazo entabulado entre as partes para que possa efetuar o pagamento. Caso não seja realizado o cumprimento da obrigação no prazo acordado, o credor deverá requerer a execução da sentença homologatória do acordo na forma do art. 475-J do Código de Processo Civil. Esse requerimento é uma *simplex petita* e não uma ação de execução.

O devedor, então, será intimado⁵ para realizar o pagamento da importância estipulada no acordo, no prazo de quinze dias, sob pena de, não o fazendo, incidir multa no importe de dez por cento do valor pactuado. Note-se que a intimação é para que o executado cumpra o acordo em quinze dias, sob pena de incidência da multa legal. Nem se argumente que a intimação é desnecessária⁶, porquanto o executado já tinha conhecimento da obrigação. É que a intimação deverá ser realizada não para ciência da obrigação, mas sim para que haja a incidência da multa prevista no art. 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil.

Caso o executado não cumpra a determinação prevista no mandado de intimação, deverá o magistrado ordenar, desde logo e a requerimento da parte, a realização da penhora *on line*. Tal penhora é realizada por meio do sistema BACENJUD e encontra espeque nos arts. 655, inc. I e 655-A do Código de Processo Civil. Caso não se logre êxito na referida penhora, poderá ser utilizado o sistema RENAJUD, para o fim de ser penhorado eventual veículo que seja de propriedade do executado.

De qualquer sorte, não havendo êxito na realização das penhoras mencionadas, deverá ser expedido o mandado de penhora e de avaliação.

5 A referida intimação deverá ser feita na pessoa do executado, considerando-se o disposto no art. 240 do Código de Processo Civil. Essa orientação prima pela segurança jurídica e estabelece, de forma objetiva, um marco inaugural para a fluência do prazo do art. 475-J do CPC. É importante registrar, de qualquer sorte, a possibilidade de entendimento diverso na doutrina – isto é, no sentido de ser necessária apenas a intimação do advogado do devedor, considerando-se os artigos 475-R e 652, § 4º, do CPC.

6 Na jurisprudência, há orientação no sentido da desnecessidade de intimação do executado, porquanto já tinha conhecimento prévio da sua obrigação. No sentido do exposto: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPUGNAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDA. COBRANÇA DE PARCELA INDEVIDA. INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475 - J DO CPC. PENALIDADE DO ARTIGO 940, DO CC. NÃO COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ. Não restando comprovada a previsão da parcela cobrada no acordo celebrado entre as partes e homologado judicialmente, impõe-se o acolhimento da impugnação para excluir da execução o valor indevidamente cobrado, eis que não integrante do acordo entabulado. Ante o não cumprimento voluntário da obrigação resultante de acordo livremente celebrado entre as partes, cabível a incidência da sanção pecuniária prevista no artigo 475. J, do CPC, sendo, na presente hipótese, desnecessária a intimação do devedor, eis que o mesmo estava ciente da obrigação devida, tendo sido efetuado o pagamento de algumas parcelas do acordo homologado judicialmente. Para aplicação da penalidade prevista no art. 940, do CC, indispensável a comprovação da má-fé” (TJDF; Rec. 2009.00.2.005439-1; Ac. 363.982; Segunda Turma Cível; Relª Desª Carmelita Brasil; DJDFTE 13/07/2009; p. 62.)

Note-se que não haverá nova intimação, sendo expedido, desde logo, mandado para o fim de serem constritos bens do devedor. Em seguida, a execução prosseguirá com a prática dos atos expropriatórios.

5 - A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DA MULTA DE 10% PREVISTA NO ART. 475-J, *CAPUT*, DO CPC COM A MULTA ESTIPULADA NO ACORDO JUDICIAL

Outra questão oportuna a ser analisada refere-se à incidência da multa de dez por cento, prevista no art. 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil, cumulativamente com a multa eventualmente fixada no acordo entabulado entre as partes. Por outras palavras: caso as partes tenham estipulado no acordo uma multa pelo não cumprimento tempestivo da obrigação entabulada, haverá algum óbice na cobrança da multa do art. 475-J, *caput*, do CPC?

Cite-se, como exemplo, situação na qual as partes tenham chegado a uma composição do litígio, estabelecendo a obrigação de uma delas em adimplir a importância de cinco mil reais, no prazo de dez dias. E, para a situação de não cumprimento da obrigação, tenham as partes estipulado uma cláusula penal de vinte por cento do valor da obrigação principal.

Diante dessa situação, não havendo cumprimento da obrigação, poderá o credor cobrar o valor do principal mais a multa de vinte por cento, sem prejuízo da cobrança da multa de dez por cento, prevista no art. 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil? Por outras palavras: é possível cumular a cobrança da cláusula penal entabulada no acordo que foi judicialmente homologado com a multa de dez por cento do art. 475-J do Código de Processo Civil?

Não há qualquer óbice na cobrança das duas multas: a relativa à cláusula penal e a relativa ao art. 475-J do CPC. Na verdade, uma multa não exclui a outra. De fato, as origens das multas são diversas: uma tem origem no encontro de vontade das partes e a outra decorre *ex lege*, ou seja, tem origem no texto legal. A primeira tem natureza indenizatória, enquanto a segunda, tem natureza punitiva. Desse modo, considerando-se a diversidade da origem de cada uma das multas, nada obsta que ambas sejam cobradas.

É importante registrar, de qualquer sorte, que há orientação na doutrina⁷ no sentido da não aplicação da multa do art. 475-J, *caput* do

7 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvum, 2009, v. 5, p. 525.

Código de Processo Civil nos casos em que já há previsão de cláusula penal no acordo entabulado pelas partes e homologado pelo magistrado. A jurisprudência, contudo, é no sentido da inexistência de *bis in idem* na cobrança da multa pactuada pelas partes, a título de cláusula penal, com a multa do art. 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil⁸.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto alhures, a sentença que homologa a transação ou a conciliação, ainda que verse sobre matéria não posta em juízo pelo autor da demanda, constituirá título executivo judicial. Não cumprido o acordo homologado pelo magistrado, o prejudicado deverá provocar o Judiciário para que seja inaugurada a fase executiva.

A sentença que homologou a conciliação ou a transação e que vier a estabelecer alguma obrigação pecuniária será executada pelo rito previsto no art. 475-J do Código de Processo Civil. Desse modo, caso não seja cumprido o acordo na data aprazada, poderá o credor requerer a intimação do devedor para cumprir a obrigação no prazo de quinze dias, sob pena de, não o fazendo, incidir multa de dez por cento do valor pactuado.

Reitere-se que a multa do art. 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil não afasta a incidência de eventual multa contratual estabelecida no instrumento de transação ou de conciliação. É que as referidas multas

⁸ A propósito, é oportuno citar o seguinte julgado: “AGRAVO INTERNO. DIREITO PRIVADO RESPONSABILIDADE CIVIL. FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 475-J. CLÁUSULA PENAL. POSSIBILIDADE. VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO. 1. É juridicamente possível a incidência da multa a que alude o art. 475-J sobre o montante devido, não havendo que se falar em duplicidade de cobrança, na medida em que as partes entabularam acordo, homologado judicialmente, onde convencionaram a aplicação da cláusula penal de 10% sobre o débito, em caso de inadimplemento. 2. Note-se que a cláusula penal estabelecida naquele pacto possui natureza diversa da multa a que alude o art. 475-J do CPC, na medida em que a primeira tem caráter indenizatório, enquanto a segunda se refere à cominação decorrente de Lei. 3. Em se tratando de cumprimento de sentença, a instauração deste procedimento induz à prática de outros atos processuais, os quais exigem atuação dos patronos de ambas as partes, ensejando o arbitramento da verba honorária em decorrência deste novo trabalho levado a efeito, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, a qual merece ser mantida, pois fixada de acordo com os parâmetros estabelecidos no dispositivo legal precitado. 4. Os argumentos trazidos no recurso não se mostram razoáveis para reformar a decisão monocrática. Negado provimento ao agravo interno” (TJRS; AG 70031986490; Coronel Bicaco; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto; Julg. 30/09/2009; DJERS 08/10/2009; p.30). No mesmo sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. EXECUÇÃO. ACORDO HOMOLOGADO POR SENTENÇA. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. BALIZAMENTO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA DO DÉBITO. TERMO INICIAL. O não adimplemento da obrigação pelo devedor no prazo fixado enseja a incidência da cláusula penal moratória estipulada no acordo homologado por sentença, sendo possível o balizamento judicial da referida pena convencional no caso de desarrazoabilidade do montante estabelecido, sem que haja nisso ofensa ao art. 5º, inc. XXXVI, da CF. - a multa do art. 475-J do CPC tem justificativa na falta de cumprimento espontâneo do débito no prazo fixado, não se confundindo com a pena convencional estipulada, de forma que não ocorre qualquer *bis in idem* na incidência de uma sobre a outra. - A correção monetária representa mera recomposição do valor da moeda, de forma a assegurar o poder de compra do capital correspondente, corroído pela espiral inflacionária” (TJMG; AGIN 1.0701.06.160227-5/0021; Uberaba; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Elias Camilo; Julg. 20/08/2009; DJEMG 29/09/2009).

têm origens distintas: a primeira decorre *ex lege*, enquanto a segunda tem origem no encontro de vontades dos litigantes. Não há, pois, *bis in idem*.

O magistrado deve facilitar ao máximo o processamento da execução de sentença que homologou a transação ou a conciliação. De fato, neste caso, não se pode olvidar que o direito do credor foi reconhecido pelo próprio devedor, e de modo voluntário! O princípio constitucional do acesso à justiça, nesse particular, demanda do magistrado uma postura que se afaste do formalismo, de sorte a conduzir o processo pautando-se na máxima efetividade da jurisdição, rechaçando, assim, os eventuais incidentes procrastinatórios causados pelo executado. ❖

Sobre Religião, Crucifixos e Maiorias

Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo.

I – INTRODUÇÃO

Da mais remota antiguidade aos programas televisivos de hoje, o Deus que já foi Sol, Lua ou apenas um homem, constituiu o fogo em torno do qual todos se sentavam ou pelo qual encarniçadas lutas foram travadas, dizimando minorias ou expulsando-as para outro continente, até o extremo da Solução Final. Uma história feita de compaixão, paixão e intolerância que ainda hoje ecoa, particularmente nas relações com o Oriente Próximo.

Produto da Inquisição, herança do Mayflower ou mais recentemente do dístico *Arbeit Macht Frei*, aquele entabulado à porta de todo campo de concentração, constituições e tratados internacionais não deixaram de incluir em seu corpo artigos e garantias com vistas a uma convivência pacífica e respeitosa entre os diversos grupos religiosos, assegurando a livre manifestação da fé e, contemporaneamente, o direito de não crer dos ateus, sem que a qualquer dessas opções se contraponham cerceamentos, limitações ou sanções de toda ordem.

Como parte integrante do subcapítulo dos direitos fundamentais destinados às liberdades, todavia, permaneceu a religião, até aqui, um tanto quanto dormente no cotidiano dos tribunais, o que há de ser atribuído a uma vasta série de razões. A primeira delas talvez tenha a ver com a preponderância dos estudos constitucionais voltados aos assim chamados direitos prestacionais, ou *Leistungsrechte*, na forma germânica, aqueles de conteúdo social, ligados à dignidade da pessoa humana e necessários à satisfação de suas necessidades mais elementares.

A esses direitos, tratados de início como meros programas não vinculativos, cuidou-se de dar eficácia muito mais premente e complexa sob o aspecto teórico, administrativo e econômico do que aquela de uma liberdade já antiga, em torno da qual o Brasil jamais apresentou problemas

de maior envergadura, como é aquela de religião. Exemplo maior de sincretismo, em que judeus, espíritas, cristãos e umbandistas se relacionam com relativa placidez, não há lembranças recentes de conflitos entre os grupos religiosos brasileiros.

Se a proeminência das preocupações sociais e o ambiente relativamente tranquilo impediam a entrada da Religião pela porta social do constitucionalismo brasileiro, outras razões não menos poderosas forçaram a janela e escancararam a curiosidade da doutrina – mais do que dos tribunais –, influenciada pelos estudos, sobretudo europeus, acerca da matéria. São escritos e decisões talhados para a Comunidade Econômica Europeia, guarda-chuva de inúmeras culturas diversas e farol atrativo para imigrantes, oriundos de antigas colônias, muitos de países muçulmanos, o desafeto cultural que os cruzados não conseguiram bater e que hoje, com a inflexão ao extremo do arco político caracterizada pela revolução iraniana e a radicalização após o 11 de Setembro, marcam o desafio maior à convivência religiosa no mundo contemporâneo.

Exemplos desse último embate não faltam: a famosa caricatura de Maomé, o dissídio sobre o véu nas escolas que incendiou a França e mais recentemente o livro de Thilo Sarrazin intitulado *Deutschland schafft sich ab* (A Alemanha se extingue), pelo qual o funcionário do Banco Central Alemão e filiado ao SPD revela com números como o desempenho intelectual dos imigrantes muçulmanos fica aquém dos alemães e dos de outras origens, assim trazendo à luz o demônio redivivo da superioridade ariana.

No que interessa ao tema título do artigo – crucifixo – destaca-se a notória decisão tomada em 13 de outubro de 2009 pela Segunda Seção da Corte Europeia de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Lautsi v. Itália, ainda pendente de revisão, em grau de apelo, perante a denominada Great Chamber.

Soile Lautsi vive na cidade de Albano Terme e tinha, à época da propositura da ação, dois filhos em idade escolar, Dataico e Sami, ambos matriculados em uma escola local. Inconformada com a presença de um crucifixo nas salas de aula, recorreu às instâncias administrativas, sustentando ser a prática contrária ao Princípio do Secularismo, sob cuja inspiração pretendia criar suas crianças. Sua pretensão restou, porém, rejeitada. Concluiu a corte administrativa que o crucifixo era a um só tempo símbolo da história italiana, de sua cultura e sua identidade, bem como tradução dos princípios da igualdade, liberdade e tolerância. A afixação da cruz in-

dicava a opção italiana pela não violência, pela justiça, pelo amor ao próximo e o perdão aos inimigos.

A despeito de tantos apelos, segue a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos trilha diversa, destacando que *Schools should not be the arena for missionary activities or preaching; they should be a meeting place for different religions and philosophical convictions, in which pupils can acquire knowledge about their respective thoughts and traditions*. E mais adiante salientou-se que o Estado está proibido de perseguir o objetivo de doutrinação que não respeite as religiões dos pais e suas convicções filosóficas. O respeito pelas convicções religiosas dos pais implica o direito de crer ou não crer em qualquer religião, porque *The State has a duty to uphold confessional neutrality in public education, where school attendance is compulsory regardless of religion, and which must seek to inculcate in pupils the habits of critical thought*.

II – UNIVERSALISMO X RELATIVISMO

Sem entrar no tema da natureza da Comunidade Europeia – se um novo país, dotado de uma constituição, ou um mero tratado subordinado às diversas cartas dos estados membros – é certo que o julgamento de Estrasburgo sinaliza a vitória da linha universalista sobre aquela relativista dos direitos humanos. De acordo com Henry J. Steiner, Philip Alston e Ryan Goodman (*International Human Rights in Context*, 3ª ed), os partidários do universalismo defendem que os direitos humanos, como o de igualdade, *due process of law*, liberdade de opinião e de associação devem ser os mesmos em todo lugar, ao passo que os advogados do relativismo sustentam que aqueles dependem do contexto cultural de cada país. Para estes, a pretensão à universalidade nada mais sugere do que a arrogância ou o imperialismo cultural do Oeste, manifestada em sua ideologia política (liberalismo) e fé religiosa (Cristianismo).

A relatividade dos valores marca, sobretudo, a antropologia e seus estudiosos, de acordo com Elvin Hatch, citado na obra acima, para quem grandes são os problemas da tentativa de encontrar válidas normas supraculturais (*The need for a cultural relativistic point of view has become apparent because of the realization that there is no way to play this game of making judgments across cultures except with loaded dice*). Em outras palavras, toda análise feita acerca de práticas, leis e costumes alheios parte necessariamente da fixação de um padrão ou *standard* que doutrina e

tribunais encontram a partir de sua própria herança, imposta aos demais como uma variante do antigo imperialismo.

O tema foi objeto de interessante matéria do jornal *Frankfurter Allgemeine*, que circulou no dia 28 de julho de 2007, com entrevista do juiz da Corte Constitucional alemã Brun-Otto Bryde sob o título *Wie können die Menschenrechte siegen?* (Como podem os direitos humanos vencer?). Basicamente revela-se o conflito entre um mundo globalizado, vinculado pela subscrição coletiva à Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros tratados internacionais, e as particularidades locais, fruto da história e política dos estados nacionais. Daí a reação, por exemplo, dos juizes mais conservadores da Suprema Corte dos Estados Unidos, incomodados com a pressão para que se adotem os *standards* sobre pena de morte preconizados pelas cortes internacionais de direitos humanos. Afinal, indaga a reportagem, *Und tatsächlich, was bliebe, zugepitzt formuliert, vom Verfassungspatriotismus, wenn die Verfassung etwas Übernationales, gar weltweit Standardisiertes würde?* (De fato, o que restaria do patriotismo constitucional se a constituição fosse algo supranacional e universalmente padronizado?).

Se pendem os antropólogos para a relativização, proclamam os juristas a tese contrária. Na opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Alguns Questionamentos em face da Doutrina dos Direitos Fundamentais, *in* Lições de Direito Constitucional, em homenagem ao Prof. Jorge Miranda), “Os direitos do homem são direitos naturais”, têm como fonte a dignidade da pessoa humana e não são dela senão um reflexo. Porque derivados da natureza humana, seriam os direitos humanos universais por excelência, “a menos que se entenda que os homens não têm todos a mesma natureza, o que é manifesto absurdo”.

Elvin Hatch, no mesmo artigo antes citado, sustenta que os relativistas confundem o ser com o dever ser: *To say that values vary from culture to culture is to describe (accurately or not) an empirical state of affairs in the real world, whereas the call for tolerance is a value judgment of what ought to be, and it is logically impossible to derive the one from the other.* Essa postura teoricamente includente e vocacionada à preservação das individualidades culturais restringe seu campo aplicativo, nas palavras de William Willis, referido por Hatch, aos povos exóticos, pobres, despossuídos de poder, para os quais a manutenção do *status quo* e dos costumes ancestrais representa a subsistência das causas de sua derrota e conseqüente exploração.

Sem que seja próprio ou necessário confrontar jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo, convém apenas, e por ora, ressaltar que mesmo quem se declara filiado à primeira corrente filosófica reconhece a existência de um *Spielraum*, de certa margem de manobra determinada pelos particularismos de cada cultura. Observe-se a propósito o seguinte trecho de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “*De fato, a ciência mostra – e a prática torna evidente – que cada cultura e cada civilização tem da pessoa humana e de sua dignidade uma visão pelo menos em parte diferente. Isso deve ser levado em conta na definição das projeções dessa natureza e dignidade que são os direitos fundamentais reconhecidos.*”

Ora, se o conteúdo prático da dignidade da pessoa humana, princípio síntese do qual derivam todos os demais, não é uniforme no espaço – e tampouco no tempo – é justo reconhecer ao menos que os famosos direitos fundamentais admitem o que Henry Steiner denomina de formas de realização e implementação que sejam histórica e culturalmente influenciadas. O fato, por exemplo, de que o direito à nomeação de um defensor nos procedimentos criminais valha para qualquer crime (como no Brasil), ou apenas para aqueles sancionados mais severamente (como na Alemanha), mostra claramente como a expressão “garantias necessárias à sua defesa”, presente no artigo 11, parágrafo primeiro, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, não é por si suficientemente – *ou naturalmente* – explícita a ponto de impedir interpretações divergentes. Muito menos é possível sustentar que o direito à defesa, emanção de valores éticos superiores e incontrastáveis, exija soluções inequívocas e padronizadas.

A tais observações convém acrescentar outra, residente na própria conformação piramidal dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Nestes, como se sabe, as normas ganham ou perdem em detalhamento conforme se aproximam da base da pirâmide ou de seu vértice superior, de modo que, enquanto os decretos e regulamentos administrativos descem às minúcias da implementação prática do comando legal, notabilizam-se as normas constitucionais, em especial os direitos fundamentais e seus grandes princípios reitores, pela sua natureza gasosa, vaga, imprecisa, sempre carente de interpretação.

Sendo, portanto, naturalmente vagos, exigem os direitos fundamentais hermenêutica refinada e comportam significativa sorte de restrições e limitações, seja para compatibilização recíproca com outros valores constitucionais, seja para respeito aos chamados limites imanentes, que

permeiam a própria constituição e são incompatíveis com o exercício elástico dessa ou daquela outra garantia. O limite de tais restrições cabe na enigmática expressão “conteúdo essencial”.

É a ela que se refere o artigo 19, parágrafo 2º, da *Grundgesetz*: *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden* (Em caso algum pode ser um direito fundamental tocado em seu conteúdo essencial). O artigo que pretende regular as hipóteses de limitações dos direitos fundamentais (*Einschränkung von Grundrechten*), reconhece a legalidade da prática ao mesmo tempo em que estabelece os chamados limites dos limites, corporificado nesse mínimo sem o qual o direito simplesmente deixa de existir.

Ressalte-se a esse propósito que as constituições são textos intencionalmente incompletos, abertos para o futuro, ou “abertos para dentro do tempo”, nas palavras de Bäumlin citado por Konrad Hesse (Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 40). Para Peter Häberle (*La Garantia Del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, Dykinson-Constitucional, Madrid, p.199): *Una Constitución debe.....estar abierta a nuevos contenidos espirituales, assimilar éstos y consolidarse através de tales recepciones em sua própria normatividade.*

No que toca aos Direitos Fundamentais, ainda na lição de Häberle, estão eles, porque integrantes de uma constituição com tal característica - ser aberta – sujeitos a um *cambio de significación*, que se estende *no solo al contenido de los derechos fundamentales, sino también precisamente al contenido esencial de los mismos o a los principios materiales descritos cuya aplicación conduce al contenido esencial de los derechos fundamentales.*

Em síntese, mesmo quando insertos em tratados internacionais, de universalismo dos direitos fundamentais somente parece ser lícito cogitar se por ele se entende a extensão a todos os integrantes de uma mesma cultura do “direito natural do momento”, qual ele resulta dos influxos sociais, históricos e espirituais de um determinado país. Porque os direitos fundamentais, mesmo aqueles integrantes do rol dos Direitos Humanos, não são fruto de uma razão superior, imutável no tempo e no espaço. Isso significa que a transposição de uma sociedade a outra das considerações sobre esse ou aquele direito humano, compreendido no feixe de subdireitos nascidos do princípio continente da dignidade da pessoa humana, faz-se com reservas

e com a consciência de serem necessárias adaptações capazes de apreender as peculiaridades do grupo social onde se pretende aplicá-lo.

É com as ressalvas acima, que servirão ainda para fundamentar a conclusão final do artigo, que se passa à reprodução do atual estágio do problema, tal qual ele é posto pela doutrina e pelos tribunais de alguns países estrangeiros, antes do que, no entanto, é fundamental lembrar uma premissa implícita em várias decisões, inclusive naquela proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no trecho já transcrito: a diferença entre o conceito negativo e positivo de liberdade.

III - LIBERDADE POSITIVA E LIBERDADE NEGATIVA

Isaiah Berlin dedicou-lhe – à diferenciação – prestigioso artigo (Dois Conceitos de Liberdade), do qual da negativa afirma consistir *“na meta negativa de evitar a interferência. Ameaçar um homem de perseguição caso ele não se submeta a uma vida em que não escolhe os seus objetivos; bloquear à sua frente toda porta exceto uma, não importando a nobreza da perspectiva para a qual abre ou a benevolência dos motivos dos que arranjaram tal coisa, é pecar contra a verdade de que ele é um homem, um ser com uma vida própria a ser vivida.....Toda reivindicação de liberdades civis e direitos individuais, todo protesto contra a exploração e a humilhação, contra o abuso da autoridade pública, ou a hipnose de massa do costume ou da propaganda organizada, nasce dessa concepção individualista e muito controvertida acerca do homem.”*

Para Bobbio (*Egualianza e Libertà*), a questão da chamada liberdade negativa põe-se *come assenza d’impedimento o di costrizione” sendo que por “impedire s’intende il non permettere ad altri di fare alcunché, e per costringere s’intende l’obligare altri a fare alcunché.*

Embora digam aparentemente a mesma coisa, nota-se em verdade a presença de tratamento divergente quanto à idéia de coerção, evidenciada quando Bobbio cuida da denominada Liberdade Positiva, que para ele seria *La possibilità di orientare il próprio volere verso um escopo..... senza essere determinato dal volere altrui.* A esta forma de liberdade, continua ele, *si chiama anche “autodeterminazione” o, ancor piú appropriatamente, “autonomia”.*

Veja-se que enquanto Berlin insere na liberdade negativa a questão do sugestionamento, feito a partir do que denominou “hipnose de massa” ou “propaganda”, Bobbio prefere vê-lo como parte do problema da liber-

dade positiva. Confira-se, com efeito, o seguinte trecho: *La libertà negativa è una qualifica dell' azione, la libertà positiva è una qualifica della volontà. Quando dico che sono libero nel primo senso voglio dire che una certa mia azione non è ostacolata, e quindi posso compierla; quando dico che sono libero nel secondo senso voglio dire che il mio volere è libero, cioè non è determinato dal volere altrui, o più in generale da forze estranee al mio stesso volere.*

Seja como for, isso o consignado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, não basta ter a liberdade de agir desta ou daquela forma, ou ainda de escolher uma ou outra religião, se tais comportamentos ou escolhas não forem fruto de uma razão consciente e autonomamente formada, assim compreendida aquela pura e livre de pressões, desinformação, direcionamento e propaganda. É por esse caminho que seguem algumas das decisões versando sobre a aposição de símbolos religiosos em lugares públicos, como teremos ocasião de esmiuçar mais adiante. Constituiriam eles, a par de uma aproximação indevida do Estado e da Igreja, mecanismo subliminar de indução da coletividade à escolha deste ou daquele credo ou corporação, por vezes sinalizando a conveniência de aderir à maioria e às facilidades que têm os seus componentes.

IV - A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

A 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, parte do que se convencionou chamar de *Bill of Rights*, dispôs expressamente que o Congresso *shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof;...* Duas metades de texto, cada qual correspondendo a um dever autônomo: o dever de não criar uma igreja estatal (*The Establishment Clause*) ou restringir o exercício de qualquer orientação religiosa (*Free Exercise*).

Sobre o primeiro dever, aquele que aqui mais interessa, dizia Thomas Jefferson que o objetivo da emenda foi o de erigir *a wall of separation between Church and State*. Nenhum estado poderia, a partir dela, estabelecer uma igreja, passar leis que auxiliassem uma religião, forçar ou influenciar uma pessoa a ir à igreja ou deixar de frequentá-la. Nem o governo federal nem os estaduais poderiam participar nos assuntos de qualquer organização religiosa e vice-versa. Isso o que proclamou a Suprema Corte, pela pena de Black, quando do julgamento em *Everson v. Board of Education* (*in Daniel A. Farber, Constitucional Law, 2ª ed. pg 727*).

Quarenta anos após *Everson*, em *Wallace v. Jaffree*, Justice Stevens liderou a Corte declarando inconstitucional uma lei estadual ordenando um minuto de silêncio em salas de aula para meditação ou oração voluntária. Em suas palavras, pensou-se de início que a emenda proscresse a preferência de uma seita em detrimento de outra, sem representar idêntico respeito pela consciência do infiel, do ateu, ou ainda do islâmico ou judeu. Mais tarde, porém, a corte ...*unambiguously concluded that the individual freedom of conscience protected by the First Amendment embraces the right to select any religion faith or none at all.*

Em que medida a concessão de um minuto de meditação ou oração configurava coerção para os ateus é questão no mínimo discutível, mas curiosa mesma é a sequência de julgamentos erráticos no que toca à fronteira do lícito e do ilícito. Basta pensar que em *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783, antecedente em dois anos a *Wallace*, nada viu o Tribunal de inconstitucional na prática do Poder Legislativo de certo estado que iniciava suas sessões com a pregação de um religioso contratado e pago pelo estado, obviamente com dinheiro público.

Sobre símbolos religiosos, dois casos ficaram famosos: *Lynch v. Donnelly* (1984) e *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU*. No primeiro deles, uma cidade do Estado de Rhode Island incluiu em uma espécie de estande, do qual constavam referências a Papai Noel, e que se achava situado no distrito comercial, em área privada, uma reprodução da cena da natividade ou simplesmente um presépio. E a questão foi trazida à corte para análise à luz da *Establishment Clause*.

Em decisão com quatro votos vencidos, concluiu a corte que a separação entre Estado e Religião não pode ser absoluta, de modo que algum relacionamento entre ambas deve existir, do que Justice Burger fornecia inúmeros exemplos práticos do cotidiano americano: o famoso *In God we Trust* das notas do dólar, o custeio de pinturas religiosas expostas nas galerias, a decoração da Suprema Corte com motivos religiosos, feriados nacionais, etc. O objetivo da comunidade de Pawtucket era portanto apenas o de lembrar a origem do feriado e celebrá-lo, tudo absolutamente legítimo.

Dentre os dissonantes, porém, Justice Brennan alertava para o risco de que o Prefeito se visse cercado de postulações de integrantes de outras confissões religiosas para inclusão de seus símbolos em circunstâncias e locais variados, de modo a criar para o Executivo tremenda dificuldade de acomodar todos os interesses envolvidos.

Em Allegheny, cinco anos após, deparou-se a Suprema corte com hipótese análoga: um novo presépio foi erguido nas escadarias do fórum da cidade, desta feita ao lado de uma árvore de natal e de um menorá, o candelabro judeu sagrado existente no templo de Jerusalém. Dentre outros detalhes, uma faixa proclamava “*Glory to God in the Highest!*” (Glória a Deus nas Alturas). Diferentemente do que fizera em Lynch, a Corte entendeu que o menorá não possuía uma clara conotação religiosa, presente, todavia, e de maneira inconstitucional, no presépio.

Comentando o resultado da jurisprudência americana, acentua Paulo Pulido Adragão (*A Liberdade Religiosa e o Estado*, Almedina, pg. 144 e seg) a evidente incapacidade do Estado de captar a gigantesca e até incomum importância do fenômeno espiritual na sociedade daquele país. Chegou-se ao ponto de verdadeira irreligiosidade, pela falta de um caminho intermediário entre esta e o favorecimento da religião – e não das igrejas especificamente. Ainda que acolhendo furos na parede da separação absoluta, a síntese permanece excessivamente rigorosa e termina por restringir a liberdade religiosa ao universo individual, quando vertentes coletivas também precisariam ser observadas. O Estado, menciona o autor com lições de R. N. Bellah (*Afterword: Religion and the Legitimation of the American Republic*), “não é um mecanismo puramente neutral sem objetivos ou valores” e tal neutralidade não passa de “uma *reductio ad absurdum* e uma impossibilidade sociológica”.

V - A EXPERIÊNCIA ALEMÃ

São duas as normas da *Grundgesetz* a cuidar da Religião, ambas em seu artigo 4º. No primeiro deles proclamou o constituinte *Die Freiheit des Glaubens.....und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich*. (A liberdade de crença.....e a liberdade de confissão religiosa são intangíveis.). No segundo se dispôs a garantir a *Religionsausübung*, ou o exercício da crença (*forum externum*) que o inciso anterior já protegera (*forum internum*).

No que concerne às igrejas – e já não às religiões – optou o constituinte de 1949 por incorporar os artigos 136, 137, 138, 139 e 141 da Constituição de Weimar. Destes, coube ao segundo, dentre outras normas, dispor sobre a inexistência de uma igreja estatal: *Es besteht keine Staatskirche*. Ocorre que a semelhança de regras, se comparada no ponto à Constituição Americana, não impediu o surgimento de um assim

chamado *Kooperatiossystem*, ou sistema de cooperação, pelo qual se reconheceu *die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Wahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlage des menschlichen Leben..* (...as igrejas no seu significado para a manutenção e estabilização dos fundamentos éticos e religiosos da vida humana...).

A *Grundgesetz* reafirmou o compromisso alcançado pelo ordenamento anterior, preservando o *status* de pessoa de direito público atribuído às igrejas, com a contemporânea vedação de uma igreja estatal, o que fez, entretanto, sem acolher a tradição francesa de uma estrita separação com o Estado e da absoluta independência das organizações religiosas (Christian Walter, *Religionsverfassungsrecht*, Mohr Siebeck, pg. 188), visível na instituição de imposto destinado ao seu custeio, suportado por aqueles que se declaram fiéis desta ou daquela crença.

Não houve alterações significativas neste quadro, inobstante a presença de trabalhos de peso a postular uma reorientação do ordenamento em favor de um separação mais rigorosa ou da submissão da questão religiosa ao problema geral dos direitos fundamentais, sem que se lhe reconheça um *status* particular até agora preservado pelo absoluto desinteresse da opinião pública e do congresso.

Foi somente nos anos 90, quando a Corte Constitucional enfrentou o tema do crucifixo nas escolas públicas, que o relacionamento entre igreja e Estado deixou os manuais de Direito para despertar a curiosidade da população, dando assim início a uma nova fase marcada pela contraposição entre os conceitos positivo e negativo de liberdade religiosa, agora em uma sociedade permeada pela presença da comunidade islâmica, até então inexistente.

Salienta a Doutrina que ao lado da liberdade positiva de crença existe também a negativa, ou *Negative Glaubensfreiheit*, consistente no direito de não crer, de não pertencer a qualquer religião, dentro do qual se insere - e aqui o ponto nodal no que concerne ao trabalho - *das Recht, sich dem Einfluss des Glaubens entziehen zu können*. (o direito de poder afastar qualquer influência sobre a crença.).

Evidente o conflito de direitos, diz Rolf Schmidt (*Grundrechte*, 11ª Ed, pg 162), p.ex., entre o direito positivo do professor de trajar um símbolo religioso e aquele do aluno, de carga negativa, de não ser por ele influenciado. Criança que também seria afrontada, ao menos em tese, quando obrigada a frequentar uma igreja ou suportar a aposição de um *Kruzifix* na sala de aula.

Pode-se ver claramente que a perspectiva escolhida pela *Bundesverfassungsgericht* não coincide com a adotada pela Suprema Corte: para aquela é fundamental a questão da separação entre Estado e Igreja, enquanto para a segunda cuida-se muito mais de uma variação da própria liberdade de crença, que não se poderia dizer afrontada por qualquer subvenção pública das principais instituições religiosas. Ademais, destaca o tribunal alemão como a solução sempre dependerá do contexto e do grau de *Zwang* (construção, violência) a que for submetido o cidadão.

Na escola o diferencial está presente na inevitabilidade para os alunos e na frequência diária da sugestão representada pela cruz, ambos estes elementos ausentes quando o mesmo crucifixo é apostado em local público de mera passagem, em que os esporádicos contatos com o cidadão traduzem o inevitável estreitamento do relacionamento humano, seja pela velocidade do fenômeno migratório como pela aproximação do mundo islâmico (Christian Walter, ob. cit., pg 308).

De se ressaltar, apenas e por fim, que a decisão do Primeiro Senado da *Bundesverfassungsgericht* não foi unânime, porquanto sinalizou a minoria o legítimo interesse de difundir os supraconfessionais valores cristãos simbolizados na cruz e sobre os quais se ergueu a própria sociedade alemã (Christian Walter, ob. cit. Pg. 306).

VI - O DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Brasileira acolhe as duas normas tradicionais, de um lado afirmando a liberdade de religião (artigo 5º, inciso VI) e de outro proibindo o estabelecimento de cultos ou igrejas, ressalvada eventual colaboração de interesse público, na forma da lei (artigo. 19, I). É pois com base em tais artigos e uma mistura dos dois valores – liberdade negativa e separação entre igreja e estado – que se funda a convicção de alguns acerca da inconstitucionalidade da afixação de crucifixos em espaços públicos, em particular tribunais. (Neste sentido Daniel Sarmento, in *O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado*).

Em síntese, quando lança mão de símbolos religiosos, envia o Estado uma poderosa mensagem no sentido do favorecimento daqueles integrantes da maioria em detrimento dos não aderentes, vistos como verdadeiros *outsiders*, que passam a duvidar ou questionar a imparcialidade dos atos estatais a ele direcionados.

Pois bem, a primeira observação pertinente serve, segundo penso,

para desmistificar a contraposição Estado Laico x Estado Democrático. Com efeito, sugerem os estudos a ideia de que um Estado com igreja pública atentaria contra a liberdade negativa do cidadão de não ser submetido à propaganda da crença dominante, ao mesmo tempo em que sugeriria vantagens restritas aos *insiders*, de tal modo que entre a liberdade religiosa e a proximidade entre Estado e igrejas haveria uma constante e inversa proporção: quanto mais promiscua a relação entre ambos, menor a dignidade da liberdade religiosa, ao passo que quanto maior a distância entre as duas esferas, proporcionalmente maior também o direito ao exercício da própria religião.

Ocorre que o paralelo é simplesmente falso, a propósito do que convém transcrever, no original, parte do trabalho de Cole Durham, intitulado *Perspectives on Religious Liberty: A Comparative Framework* (In *International Human Rights in Context* cit., pg.570): *Another significant aspect of religious liberty clarified by the model is that one cannot simply assume that the more rigidly one separates church and state, the more religious liberty will be enhanced. At some point, aggressive separationism becomes hostility toward religion. Mechanical insistence on separation at all costs may accordingly push a system toward inadvertent insensitivity and ultimately intentional persecution. Stalinist constitutions generally had very strong church-state separations provisions, but these can hardly be said to have maximized religious liberty. Rather, they were construed as a demand that religion should be excluded from any domain where the state was present. But in a totalitarian state, this became a demand in practice that religion be marginalized to the vanishing point....*

Olhando por cima do muro do dogmatismo estrito, o que encontramos na história da humanidade é toda sorte de composições e combinações. Na Inglaterra, p.ex., confundem-se na pessoa da Rainha as figuras de chefe de Estado e da Igreja Anglicana, sem que alguém possa sequer remotamente pôr em cheque a natureza democrática do país ou duvidar da enorme liberdade gozada pelos cidadãos deste mosaico de nacionalidades que constituem hoje a sociedade inglesa. Do mesmo modo, e agora lançando mão do exemplo dado pelo autor, ninguém cogitaria de liberdade religiosa sob o regime de Stalin, ou modernamente, em menor escala, da República Popular da China.

A análise dos exemplos concretos sugerem *that maximal religious liberty tends to be achieved when church-state identification is in the*

accommodation or non-hostile separation mode. Em um regime de acomodação não se tem dificuldades em reconhecer a importância *of religion as part of national or local culture, accommodating religious symbols in public settings, allowing tax, Holiday, Sabbath, and other kinds of exemptions and so forth.*

Falar em acomodação significa trazer o discurso para dois outros pontos, os últimos destas linhas, igualmente pertinentes: o papel do Estado e o equilíbrio entre majorias e minorias. Quanto ao primeiro, o elemento central parece girar em torno das ideias totalmente distintas de neutralidade e imparcialidade, que a rigor são meramente complementares.

Dentre as várias acepções da palavra “neutro”, duas são representativas do que não se deseja do Estado contemporâneo, a saber a ideia daquele “que não toma partido” e de quem é apenas “indiferente”. Numa constituição propositiva e ademais defensora de valores culturais específicos, comete-se ao Poder Público a tarefa de promover ideias, difundir o conhecimento e proteger a herança histórica do povo brasileiro. É o que se extrai claramente do artigo 216 da Constituição: *Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:....”.*

Sendo a sociedade brasileira pluralista no que toca às suas origens, à raça e à religião de seus membros, isto significa que devem ser protegidos o candomblé e a estrela de Davi, os rituais indígenas e o sentimento natalino. E a história de cada um desses povos, bem como suas experiências religiosas, *deve*, repito, *deve* ser ensinada nas escolas e referida em locais públicos, como sinal do encontro de todos, sob a proteção do Estado.

Como seria possível cogitar, para os judeus, uma existência que ignorasse a figura de Moisés, ou os anos de cativo, ou noções sobre o conteúdo da Torá, tudo parte desse mosaico de fatos e conceitos morais responsável pela conformação da alma judaica? E mais ainda, como é sequer imaginável que um estudante precise saber detalhes da guerra do Paraguai, mas não possa ser instruído acerca do antigo testamento, de Cristo, da Reforma, dos valores cristãos? Sugere-se que estas partes da história sejam saltadas? Que sejam talvez ensinadas como meros fatos, sem conotação religiosa ou compreensão do sentido para o desenvolvimento da humanidade?

Isso o que diz Jorge Miranda (*Manual*, v. IV, p. 438): “Não há contradição entre o ensino de religião e moral católica nas escolas públicas e a regra da não confessionalidade do ensino público (art. 43º, nº 2 e 3, da Constituição), contanto que os dois termos sejam corretamente apreendidos e enquadrados.....Nem se compreenderia que, numa sociedade pluralista, o pluralismo não entrasse igualmente nas escolas; ou que numa Constituição que o salvaguarda, no setor público da comunicação social, o não viabilizasse nas escolas públicas.”

O que não pode haver é proselitismo, doutrinação, propaganda. Tentar arremessar soldados para uma fé preferida oficiosamente pelo agente do Estado do momento. A relação deve ser limpa, transparente, mas *também* religiosa, porquanto em nenhum de seus passos cogita a Constituição de combater o fenômeno religioso ao qual se refere como direito fundamental.

Mas alguém dirá: “Tudo bem, se o crucifixo não constituísse uma forma de fazer exatamente isso: fazer de todo brasileiro um católico.” A ponderação nos traz ao último ponto interessante, que é o do relacionamento entre minorias e majorias. Antes de tecer a respeito qualquer consideração, todavia, recorre-se a um dado estatístico: segundo o senso de 2000 do IBGE, eram os brasileiros 169.879.856, dos quais 124.980.132 se disseram católicos, 26.184.941 declararam ser evangélicos, 5.831.426 afirmaram professar outras religiões e 12.492.406 afirmaram não ter qualquer religião. Em síntese, somos uma nação cristã.

Determinar o modo de relacionamento entre a massa cristã e os que professam outra religião ou simplesmente nenhuma é algo que está no centro do funcionamento do Estado moderno. Bem se sabe, e há quem afirme ser esta a principal serventia dos direitos fundamentais, da existência de limites para a regra da maioria e da necessidade de preservar os interesses da minoria. Falando de limites ao princípio da maioria, sustenta Bobbio que aquele não se aplica às questões de consciência, como impor uma determinada religião ou doutrina, bem como àquilo “...*que em termos hegelianos pode ser chamado o ethos de um povo, ou seja, usos, costumes, línguas e tradições.*”(Teoria Geral da Política, pg. 446).

Não é que a maioria não consiga, *faticamente*, impor uma religião ou ceifar usos, ou línguas ou ainda tradições. A força pode quase tudo, conforme a conjuntura política da ocasião. Ocorre apenas que, quando isso acontece, tem-se a consciência de que não foi a regra da maioria a

prevalecer, mas a violência, seja ela legal ou não, encoberta talvez por plebiscitos, manifestações populares ou os melhores propósitos de integração nacional. Há, portanto, limites, porquanto a palavra central em termos de maioria é essa: COMPROMISSO.

Em uma excelente resenha sobre o tema, explica Elias Berg (*Democracy and the Majority Principle*) o significado de compromisso. *Compromise means the reconciliation of opposite policies into common decisions. It's not a solution that is "right", irrespective of human attitudes toward it.....It means, as we have seen above, that the preferences of other people are taken into account, not because of their substantive quality, but simply because they are the preferences of others.*

Compromisso é o modo de fazer justiça a muitos pontos de vista ao mesmo tempo, é o resultado da negociação em que cada parte faz concessão à outra, satisfazendo-se e frustrando-se na exata proporção de suas concessões. Pois quando se desce à questão religiosa é fácil de ver que o compromisso não pode importar a subjugação das minorias pelo proselitismo da fé cristã ou tampouco a supressão do cristianismo da vida em sociedade: um difundiria o ódio da minoria, outro o da maioria.

Há de haver, portanto, um ponto de equilíbrio que não pode ser alcançado com a simples referência a argumentos estrangeiros, provenientes de países feridos pelo ódio religioso, somados a uma interpretação universalista em sentido largo dos direitos humanos. Certamente que a liberdade religiosa constitui um valor universal, mas sua aplicação cotidiana variará conforme a herança histórica e os limites do compromisso, do qual o crucifixo é um símbolo, símbolo dos valores do país, de nosso passado, de nossa relação com *um* Deus qualquer que, para a esmagadora maioria, existe e nos olha de cima – porque embaixo fica o inferno!

Tirar os crucifixos? Necessariamente? Cruz credo! Esconjuro! Vamos importar a intolerância alheia por puro dogmatismo. Melhor perguntar às pessoas integrantes de cada instituição e saber delas quantas realmente se importam. A sociedade é um corpo em mutação e é possível chegar lá, chegar à indiferença religiosa. Por enquanto, cuidado para não transformar o Brasil naquilo que ele nunca foi: exemplo de sectarismo religioso. ❖

Meio Ambiente do Trabalho e o Acesso à Justiça

Elida Séguin

Advogada. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Público, Membro da Associação Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB), do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP) e do Instituto de Advogados do Brasil (IAB).

Evanna Soares

Procuradora Regional do Trabalho na 7ª Região (CE). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA, Buenos Aires). Mestre em Direito Constitucional (Unifor, Fortaleza-CE). Pós-graduada (Especialização) em Direito Processual (UFPI, Teresina-PI).

INTRODUÇÃO

A forma como a humanidade evolui, alterando seus códigos sociais, tem algo de imprevisível pelo grande número de variáveis que interferem neste processo, posto que atua em rede numa sinergia permanente.¹ Esta conexão, com número amplo de influências, pode ocasionar que duas situações com as mesmas características tenham desfechos distintos. Para acompanhar essas alterações, o Direito varia no tempo e no espaço, na dependência do avanço da teoria do conhecimento das práticas sociais, numa autopoiese imponderável e que traz surpresas.

Esta dinâmica também ocorre no ambiente laborativo, em especial considerando que a palavra “trabalho” embute um sentimento de desprazer, de castigo. Através do trabalho o homem se apropria da Natureza, transformando-a segundo seus interesses e necessidades e é nesse ambiente que passa a maior parte das horas do dia em que fica acordado. A tarefa de focar este tema pela ótica do trabalhador que busca o acesso à Justiça e aos Tribunais é árdua, posto que, pela falta de políticas

¹ CAPRA, Fritjof. *As Conexões Ocultas: Ciência para uma vida sustentável*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, *in passim*.

públicas de educação ambiental do trabalhador, nem sempre ele introjeta a correlação entre sua atividade profissional e a poluição ambiental, bem como as consequências de seus atos.

O descaso com o planeta que nos hospeda foi uma constante do ambiente do trabalho. A revelação da importância do papel desempenhado pelo trabalhador na preservação ambiental é recente. O marco regulatório internacional do despertar da consciência ecológica ocorreu em 1972, com a celebração da Convenção de Estocolmo.² No Brasil, apesar de a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938) datar de 31.01.1981, foi a Constituição de 1988 que deu visibilidade à premência de preservar as riquezas ambientais para a presente e as futuras gerações. A consciência ambiental do trabalhador ainda aguarda seu despertar, talvez pela carência de políticas públicas de educação ambiental no trabalho.³

Percebe-se, nada obstante a legislação e a doutrina sobre Meio Ambiente do Trabalho, uma deficiência de acesso à Justiça nessa matéria. Neste artigo, uma Procuradora do Ministério Público do Trabalho e uma Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, sem pretenderem esgotar o tema, abordam o acesso à Justiça para defesa do Meio Ambiente do Trabalho. Inicia-se o estudo com conceitos introdutórios sobre Meio Ambiente do Trabalho, passando a seguir a pincelar informações sobre as duas instituições que podem e devem ir em socorro do trabalhador: O Ministério Público do Trabalho e a Defensoria Pública. Para tecer a forma como estas instituições laboram é necessário esclarecer como ocorre o acesso à Justiça do trabalhador. Constata-se que o trabalhador integra um grupo vitimizado e vulnerável, sobre o qual incide uma injustiça, buscando-se, através da Justiça Ambiental, a desvitimização desse segmento da sociedade.

1 - MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O meio ambiente sadio é um direito fundamental, apesar de não estar incluído no rol do art. 5º da CF, denominado, por alguns autores, como de terceira dimensão “(direito planetário), mas que também abri-

2 Na Conferência das Nações Unidas, realizada na Suécia, no período de 5 a 16 de junho de 1972, com a participação de 113 países, reunidos para tentar organizar as relações de Homem e Meio Ambiente, veio a lume a convenção que mencionamos.

3 Sobre o tema ver **A Educação Ambiental no Meio Ambiente do Trabalho** in O Direito Ambiental na Atualidade. Estudos em Homenagem ao Prof. Guilherme José Purvin de Figueiredo, coordenado por DANTAS, Marcel Buzaglo, AHMED, Flávio e SÉGUIN, Elida. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

ga características de primeira (direito à vida) e segunda (direito à saúde) gerações”.⁴

A Carta de 1988 elevou o ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de **garantia coletiva**⁵ ao prescrevê-lo como direito de todos, posto que essencial à sadia qualidade de vida da presente e das futuras gerações. Tratou do tema em momentos distintos estabelecendo uma tipologia: meio ambiente natural (art. 225); meio ambiente cultural (arts. 215 e 216); meio ambiente construído (arts. 182 e 183); e meio ambiente do trabalho (art. 7º, XXII e XXIII, e inciso VIII do art. 200), para garantir a sustentabilidade **social**,⁶ **ecológica**,⁷ **espacial**⁸ e **cultural**.⁹ As empresas visam ao lucro e à competitividade, mas precisam atingir essas metas com Responsabilidade Socioambiental, preservando o ambiente e a integridade física, social e psicológica dos trabalhadores.

O meio determina o que o homem médio come e veste, seus entretenimentos, hábitos sociais e a forma como trabalha. O desenvolvimento humano está diretamente ligado ao ambiente que apresenta desafios ou benesses. Ele interfere e condiciona o ser humano, que vive dentro de uma teia de relações, a que Ruy Jornada Krebs denominou de desenvolvimento contextualizado, afirmando que qualquer hipótese de mudança ou integração introduzida nas pessoas, por ambientes ora receptivos ora adversos, está embasada no cotidiano.¹⁰ No Meio Ambiente do Trabalho (MAT) a contextualização é imposta, vez que o empregado deve ater-se às regras determinadas pela lei e pelo empregador, e os trabalhadores levam os hábitos adquiridos no MAT para outros ambientes.

A Constituição Federal ao tratar, no art. 170, da ordem econômica, a alicerçou na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para

4 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Legitimidade Ativa da Defensoria Pública em Ações Cíveis Públicas, in SOUZA, José Augusto Garcia de, **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos, Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de Janeiro de 2007**. 2. tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 165.

5 A Convenção de Estocolmo incluiu o meio ambiente equilibrado no rol dos direitos humanos.

6 A sustentabilidade social densifica-se em políticas públicas, tendo como meta a diminuição das polarizações ricos/pobres, incluídos/excluídos, etc., e resgate da cidadania para um pleno desenvolvimento humano. São comuns campanhas contra o trabalho escravo ou infantil.

7 A sustentabilidade ecológica determina o uso seletivo dos recursos associados a investimentos em pesquisas e tecnologias utilizando-se sempre da capacitação e a informação dos menos favorecidos.

8 A sustentabilidade espacial objetiva a *melhor distribuição a agrupamento nas áreas metropolitanas que leva a destruição do ecossistema por processos de colonização explosiva*;

9 A sustentabilidade cultural visa à *preservação e ao desenvolvimento de patrimônios culturais particulares estimulados para que haja uma visão do valor regional*.

10 KREBS, Ruy Jornadas. **Teoria dos Sistemas Ecológicos**. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria: 1997.

assegurar a dignidade da pessoa e os princípios de justiça social. Vinculadas aos processos produtivos, as situações de risco e de alteração ambiental afetam o trabalhador, base da pirâmide produtiva e vítima de doenças decorrentes de suas atividades.

O MAT não está restrito ao “chão de fábrica”, compreende também o complexo de bens, instrumentos e meios de natureza material e imaterial¹¹ de uma empresa e suas práticas de produção ante a normatização de determinadas atividades e suas repercussões no Meio Ambiente, vinculando ao exercício de atividades produtivas, dentro e fora das paredes da empresa.¹² É o local onde o ser humano exerce atividades produtivas, independentemente de vínculo empregatício.

Um MAT equilibrado “está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentam”¹³ (pessoais ou trabalhistas), sendo irrelevante o vínculo do trabalho para a prevenção dos danos à saúde.

O MAT adequado e seguro “não é um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho, pois a proteção daquele é distinta da assegurada ao meio ambiente do trabalho, porquanto esta última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente onde desenvolve as suas atividades”.¹⁴ Um ambiente de trabalho adequado e seguro é um direito do trabalhador a ser garantido pelo Poder Público, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), do Sistema Único de Saúde (SUS) e das vigilâncias sanitárias, pelo empregador, pelo empregado e pela sociedade. O MTE é responsável pelo estabelecimento de normas de segurança, higiene e medicina do trabalho (Portaria 3.214/1978) e pela fiscalização do seu cumprimento.

A saúde físico-psíquica dos trabalhadores é tutelada de forma especial, tanto assim que a CF, ao dispor sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), no art. 200, expressamente determina que a este compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (VIII).

11 Os bens imateriais constituem a propriedade intelectual da empresa, como suas marcas e patentes.

12 Existem trabalhadores que exercem suas atividades fora das instalações da empresa, em especial em logradouros públicos, como os agentes de telefonia.

13 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, *in passim*.

14 MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. Responsabilidades legais, Dano material, Dano moral e Dano estético**, 3. ed., São Paulo: LTr, 2008, p. 28.

As normas de MAT, como toda norma ambiental, são cogentes, não podendo ser transacionadas pelas partes envolvidas ante as consequências de seu descumprimento, como os atos praticados de forma diversa da prescrita no ordenamento jurídico,¹⁵ frente à irrenunciabilidade, a intransacionabilidade e a inderrogabilidade. Seu aspecto cogente decorre da necessidade de proteger o trabalhador da desigualdade traduzida pelo autoritarismo do poder financeiro ou hierárquico do empregador, bem como da crise econômica que força pessoas a se submeterem a condição de trabalho degradante ou quase escravo para garantir a sobrevivência e a de sua família.

Convém destacar que o Termo de Ajuste de Conduta (TAC), também denominado Compromisso de Ajustamento ou Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, constitui importante instrumento extrajudicial para proteção do MAT, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, podendo ser tomado dos infratores pelos representantes das entidades públicas legitimadas para propositura da ação civil pública. Analisando sua natureza jurídica e conteúdo com vistas a perquirir a possibilidade de, através dessa ferramenta, flexibilizarem-se as normas ambientais de trabalho, entende Soares que:

Termo de ajuste de conduta *não é acordo*, nem instrumento de *negociação* ou *transação*, mesmo porque os interesses em jogo, de natureza coletiva, pertencem a *todos* e não aos encarregados de sua defesa, não podendo ser transigidos nem alvo de renúncia. Trata-se de um reconhecimento *voluntário*, feito pelo causador do dano, de que se acha em situação irregular para com os interesses coletivos, e da formulação do *compromisso* de que vai ajustar sua conduta às exigências legais. Em suma, o *compromitente* promete, formalmente, cumprir a lei (objeto do compromisso), sob cominações - multa, via de regra - perante o agente do Poder Público (o *compromissário*, cuja participação é marcadamente formal, visto que não emite vontade obrigacional no título), evitando, assim, ser demandado em ação civil.

O termo de ajuste não deve conter nada mais do que esse compromisso de cumprimento das exigências legais, sob

15 Um exemplo seria a produção de substâncias proibidas por serem maléficas à saúde do trabalhador, como o amianto e o asbesto previstos na Lei nº 9.055, de 01.05.1995.

cominação, dele devendo constar a obrigação certa e determinada. Nada obstante não seja possível a transação das exigências legais, na prática tem sido negociado, quando necessário, um *prazo* razoável para cumprimento das obrigações, mostrando-se tal concessão de extrema importância para ressalva dos interesses coletivos, visto que abrevia a solução do problema, sendo certo que a satisfação voluntária de tais obrigações alcança melhores e mais rápidos resultados do que quando se tem de recorrer às vias judiciais.¹⁶

O Judiciário Trabalhista também reconhece a impossibilidade de flexibilização *in pejus* das normas protetoras da saúde e segurança dos trabalhadores nos instrumentos coletivos de trabalho, considerada sua inegociabilidade. Exemplo disso é o entendimento consolidado na Orientação Jurisprudencial nº 342, da Subseção de Dissídios Individuais-1 do Tribunal Superior do Trabalho, que considera, de regra, “inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.”¹⁷

O MAT abrange as relações de trabalho e emprego e também a preocupação internacional com os Direitos Humanos, face às condições em que o labor é desempenhado. Repercute ainda na questão ambiental, eis que o trabalhador é um dos primeiros a sentir os efeitos deletérios da poluição que ajuda a produzir. A desinformação cobra alto preço à saúde do trabalhador, em que interesses empresariais buscam a privatização dos lucros e a socialização dos encargos.¹⁸ Este descaso popularizou o provérbio: “é melhor morrer de câncer aos 50 do que de fome aos 20”.

2 - O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

O Ministério Público do Trabalho (MPT) é um dos ramos do Ministério Público da União (CF, art. 128). Rege-se pelos mesmos princípios

¹⁶ SOARES, Evanna. **Ação Ambiental Trabalhista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 240.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ-SBDI-1 nº 342. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html#SBDI-1>. Acesso em: 04.10.2010.

¹⁸ É sabido que quando um trabalhador adquire uma doença causada pelo trabalho é a Previdência Social que passa a arcar com o ônus de seu benefício, ficando a empresa que causou a doença profissional sem qualquer ônus ou responsabilidade, exceto, como previsto no art. 7º, XXVIII, da CF, a obrigação de indenizar quando incorrer em dolo ou culpa.

próprios dessa Instituição (unidade, indivisibilidade e independência funcional), assegurados constitucionalmente. Compete-lhe, como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, perante os órgãos da Justiça do Trabalho, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art.127 da CF).

Entre as funções institucionais que lhe são confiadas pelo art. 129 da CF, destaca-se, no item III, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública “para proteção do ... meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A legitimidade e o dever de proteger o meio ambiente, embora não com exclusividade, do Ministério Público, como se pode ver, decorrem expressamente do texto constitucional.

Os instrumentos de atuação e as competências do Ministério Público do Trabalho constam da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, destacando-se em seu art. 83: promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção; promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores; propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho; recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei, bem como pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho; funcionar nas sessões dos Tribunais Trabalhistas, manifestando-se verbalmente sobre a matéria em debate, sempre que entender necessário, sendo-lhe assegurado o direito de vista dos processos em julgamento, podendo solicitar as requisições e diligências que julgar convenientes; instaurar instância em caso de greve, quando a defesa da ordem jurídica ou o interesse público assim o exigir; promover ou participar da instrução e conciliação em dissídios decorrentes da paralisação de

serviços de qualquer natureza, oficiando obrigatoriamente nos processos, manifestando sua concordância ou discordância, em eventuais acordos firmados antes da homologação, resguardado o direito de recorrer em caso de violação à lei e à Constituição Federal; promover mandado de injunção, quando a competência for da Justiça do Trabalho; atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho; requerer as diligências que julgar convenientes para o correto andamento dos processos e para a melhor solução das lides trabalhistas; intervir obrigatoriamente em todos os feitos nos segundo e terceiro graus de jurisdição da Justiça do Trabalho, quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional. No art. 84, II, sobressai-se, a incumbência de instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores.

Nesse contexto e considerando o dever de agir judicialmente para a defesa do MAT, o Ministério Público do Trabalho pode promover na Justiça do Trabalho: ação civil pública, ação civil coletiva, ação anulatória de contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho, mandado de segurança, mandado de injunção e dissídio coletivo. Dispõe, ainda, como instrumentos extrajudiciais de atuação com a mesma finalidade: o inquérito civil, a recomendação, a requisição, o termo de ajuste de conduta,¹⁹ a audiência pública, a mediação e a arbitragem.

Independente do extenso rol de legitimados ativos²⁰ para propositura de ação civil pública – o principal instrumento judicial de tutela do MAT - a sua proteção constitui prioridade de atuação do Ministério Público do Trabalho,²¹ tanto que possui na sua estrutura, criada pela Portaria do Procurador-Geral do Trabalho nº 410, de 14 de outubro de 2003, a Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente de Trabalho (CODEMAT), cujo objetivo é harmonizar as ações desenvolvidas pelo MPT nessa

19 Veja detalhadamente as ações pelas quais se pode tutelar o meio ambiente do trabalho, bem assim os instrumentos extrajudiciais à disposição do MPT com a mesma finalidade, em SOARES, Evanna, op. cit., 2004, p. 169-242.

20 Ou seja, Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações que, concomitantemente: estejam constituídas há pelo menos um ano nos termos da lei civil; incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, conforme dispõe a Lei nº 11.448/2007.

21 As outras prioridades são: promoção da igualdade, erradicação do trabalho infantil, abolição do trabalho escravo, eliminação das fraudes trabalhistas, combate às irregularidades trabalhistas na Administração Pública, proteção do trabalho portuário e aquaviário e garantia da liberdade sindical. BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/>>. Acesso em 04.10.2010.

área, inclusive no que se refere ao relacionamento com outros órgãos e entidades voltados para o ambiente laboral, adotando como áreas de atuação preferencial, especialmente, as doenças ocupacionais e os problemas de saúde e segurança do trabalhador.²²

Nesse contexto, vêm recebendo atenção especial do MPT os seguintes setores em que se detectam maior número de ocorrências graves ao ambiente laboral: setor agrícola, os causadores de LER/DORT, a construção civil, os serviços de guarda, transporte e segurança de valores, os serviços nas empresas que trabalham com radiação ionizante e não ionizante, nas empresas que apresentam risco de infecção por meio de instrumentos perfuro-cortantes, as pedreiras, as marmorarias e as cerâmicas, as siderúrgicas e as refinarias, as minas e os subterrâneos, os setores elétrico, telefônico e de TV a cabo e o setor de limpeza pública.²³

São esses, portanto, os parâmetros de atuação do MPT no que se refere à proteção do MAT.

3 - A DEFENSORIA PÚBLICA

Um direito só se efetiva quando pode ser exercido, ensina Dallari.²⁴ O referido autor também especifica uma categoria que abrange e expressa, de certa forma, todas as outras expressões de direitos: o direito à proteção dos direitos. Cita ainda o “prejuízo injusto” daquele que não soube ou não pode usar um direito e que, por isso, o perdeu. Acrescentamos que é prejudicial ao direito a existência de uma opacidade, decorrente de um hiato entre a organização jurídico-social e a efetiva compreensão dessa organização, como alerta Cárcova²⁵. Para tornar mais efetivo o acesso à Justiça e aos Tribunais, a Constituição Federal de 1988 criou uma instituição com este fim específico: a Defensoria Pública.

No Brasil, a Defensoria Pública nasceu no Estado do Rio de Janeiro onde, em 05.05.1897, um Decreto instituiu a Assistência Judiciária na cidade do Rio de Janeiro, então capital do Império Brasileiro. A previsão da garantia de uma assistência jurídica, como caução constitucional, mas sem a designação da instituição encarregada desta tarefa, coube à Carta

22 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/atuacao/meio-ambiente-do-trabalho/>>. Acesso em: 04.10.2010.

23 Id., *ibid.*

24 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 69.

25 CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do Direito**. São Paulo: LTr, 1998, p. 13-16.

de 1934, no capítulo Dos Direitos e das Garantias Individuais:

Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.²⁶

No entanto, foi o Pacto Social de 1988 que, concretizando-a, previu, pela primeira vez, a instituição encarregada desta atribuição: a Defensoria Pública. Apesar de a Carta Magna estar festejando seus 22 anos, a instituição prevista lamentavelmente ainda não foi implantada em todo o território nacional, devendo também ser registrado que, na maioria dos estados da federação em que ela existe, o número de Defensores Públicos não é suficiente, ainda havendo pessoas que desempenham tal função sem que tenham sido aprovados em concurso público. O número insuficiente de membros não é privilégio das Defensorias Públicas Estaduais. A Defensoria Pública da União, para atender todo o território nacional, conta com apenas 335 Defensores Públicos²⁷.

No Estado do Rio de Janeiro, ela inicialmente patrocinou apenas direitos individuais de hipossuficientes econômicos. Num segundo momento incluiu em suas atividades a defesa de direitos coletivos e metaindividuais, atendendo a grupos vulneráveis como crianças/adolescentes, idosos, mulheres e pessoas com deficiência. É num terceiro momento que inicia sua atuação na tutela de direitos difusos, tendo como marco regulatório a Lei nº 11.448, de 15.01.2007, que a incluiu no rol dos legitimados para propor ação civil pública (ACP).

O art. 134 da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei Complementar nº 80, de 12.01.1994, vigorando atualmente com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 de 07.10.2009. Ela abrange as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas para a organização da instituição nos Estados.

São objetivos da Defensoria Pública: a primazia da dignidade da

26 BRASIL. Presidência da República. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 07.10.2010.

27 BRASIL. Defensoria Pública da União. Portaria nº 378, de 11.8.2010. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/conselho_superior/arquivos/pdf/Portaria%20378_10_08_2010%20-publicacao%20lista%20de%20antiguidade%2010-08%20ad%20referendum. Acesso em 07.10.2010.

pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Estes objetivos se coadunam com a tutela jurídica dos direitos dos trabalhadores.

São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, com uso da mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; impetrar **habeas corpus**, mandado de injunção, **habeas data** e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação

imediate da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; atuar nos Juizados Especiais; participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; executar e receber as verbas sucumbências decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

Constata-se que do extenso rol do art. 4º da Lei Complementar 80/1994 não consta expressamente a atribuição para a defesa do trabalhador, mas que o conjunto das funções institucionais da Defensoria Pública é totalmente compatível com o patrocínio jurídico dos interesses dos trabalhadores, no contexto do art. 134 da CF.

Note-se que o art. 21 da Lei Complementar 80/1994 prevê que os Defensores Públicos Federais de 1ª Categoria atuem perante Tribunais Regionais Federais, nas Turmas dos Juizados Especiais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais Regionais Eleitorais. Contudo, o parco número de Defensores Públicos Federais torna tal atribuição praticamente nula e restringe o acesso à Justiça dos trabalhadores apenas à tutela jurisdicional promovida pelos sindicatos e pelo Ministério Público.

4 - ACESSO À JUSTIÇA E COMPETÊNCIA JUDICIAL

O conceito de acesso à Justiça vem evoluindo e deixou para trás a ideia liberal-burguesa, segundo a qual o “Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”.²⁸

28 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9.

Essa evolução teórica acompanhou o crescimento e a transformação profunda sofrida pelo conceito de direitos humanos nas sociedades contemporâneas, no qual se detecta a preponderância do caráter coletivo sobre o individual, forçando o abandono da antiga “[...] visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas dos séculos dezoito e dezenove [...]”, para adotar o reconhecimento de “[...] *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos [...]”²⁹, de sorte que não basta mais a previsão formal de direitos, fazendo-se necessária, inclusive com a atuação positiva dos Estados, a efetivação, ou seja, o gozo dos direitos sociais previstos.

Nesse contexto, as soluções práticas para resolução dos problemas de acesso à Justiça vieram em “ondas”: primeiro a assistência judiciária para os pobres, depois as reformas visando a possibilitar a representação de interesses difusos, notadamente os ambientais e os dos consumidores; e a remoção das barreiras de acesso à Justiça,³⁰ em sua concepção mais ampla, envolvendo o estímulo à solução extrajudicial de conflitos (como a mediação, por exemplo), a adaptação das regras processuais civis ao procedimento coletivo, a instituição de *class action* e as reformas na estrutura dos tribunais, dentre outras medidas.

Como se disse acima, o MAT não constitui meramente um direito trabalhista, mas sim verdadeiro direito humano de todo trabalhador, qualquer que seja o regime jurídico da prestação de serviços (“celetista”, “estatutário”, autônomo e até “informal”).³¹

Merece ser destacado que o *status* de direito humano do MAT está reafirmado expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprovado pelas Nações Unidas, vigente desde 1977, na medida em que prevê no art. 7º o “direito à segurança e higiene no trabalho” a toda pessoa, para que goze de condições de trabalho equitativas e satisfatórias. No Brasil, esse direito humano foi positivado, galgando posição de direito fundamental (arts. 7º, XXII, 200, VIII e 225, todos da CF/1988).

Essa positivação permite que o direito seja reivindicado quando não satisfeito, ameaçado ou agredido, perante os órgãos jurisdicionais brasileiros.

29 Id., *ibid.* 1988, p. 10.

30 Id., *ibid.* 1988, p. 31.

31 SOARES, Evanna, *op. cit.*, p. 82-83.

Então, como direito fundamental, o MAT é defensável perante todos os ramos do Poder Judiciário por meio de ações individuais movidas pelos lesados e de ações coletivas ajuizadas pelos legitimados previstos em lei, destacando-se a já mencionada ação civil pública.

Uma das grandes dificuldades para essa defesa judicial refere-se à discussão sobre o ramo do Judiciário materialmente competente para conhecer das ações sobre MAT, tanto individuais como coletivas.

O ideal seria que o MAT fosse defendido somente perante a Justiça do Trabalho – de longe a mais habilitada para essa tarefa, independente da natureza jurídica da prestação de serviços ou da atividade econômica em que se verificar a ofensa ao MAT. Mas, há na jurisprudência uma forte tendência para que essa tutela judicial seja feita perante o mesmo órgão jurisdicional que seria competente para defesa de outros interesses do trabalhador ou grupo de trabalhadores afetados pelo MAT inadequado, nos litígios travados com o tomador de sua mão de obra. Assim, por exemplo, o MAT em determinada empresa do setor privado será defensável perante a Justiça do Trabalho; nos demais casos, tais como “estatutários”, autônomos e prestadores de serviços regidos por contratos de natureza civil, essa defesa ocorrerá perante a Justiça comum, federal (art. 109 da CF) ou estadual.³²

Um grande problema apresenta-se, porém, nessa corrente de pensamento sobre competência judicial, naqueles casos de ambientes de trabalho compartilhados por trabalhadores vinculados aos tomadores de serviços por laços de natureza variada. Citem-se os exemplos das unidades hospitalares públicas nas quais laboram servidores estatutários, estagiários, médicos residentes, prestadores de serviço e trabalhadores terceirizados submetidos à CLT. Em casos tais, considerando que o meio ambiente é incindível, a solução está em admitir-se uma competência concorrente, de modo que tanto a Justiça do Trabalho como a Justiça comum podem ser acionadas por um dos legitimados coletivos visando à sua reparação ou proteção.

Outra dificuldade de acesso à Justiça repousa nas discussões sobre o prazo prescricional para as ações que tutelam o MAT, considerado o

32 O STF proferiu um acórdão sem igual em que, sem dar tanta relevância à natureza do regime jurídico de trabalho para definição da competência jurisdicional para conhecer de ação civil pública na qual se buscava a adequação do meio ambiente de trabalho no Instituto de Medicina Legal de Teresina, reconheceu-a para a Justiça do Trabalho apesar de o Estado do Piauí alegar que seu pessoal se submetia a Estatuto próprio, e não à Consolidação das Leis do Trabalho. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Reclamação nº 3.303-PI, relator Min. Carlos Ayres Britto, Pleno. Brasília: *Diário da Justiça eletrônico* de 16.5.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginas/dor.jsp?docTP=AC&docID=527277>>. Acesso em 06.10.2010.

prazo fixado no art. 7º, XXIX, da CF. Há de prevalecer o entendimento segundo o qual as ações que tenham por objeto a correção do MAT, ainda que este venha sendo agredido há vários anos, não caducam, tendo em vista que o direito ao MAT saudável não constitui mero direito trabalhista nem um singelo direito patrimonial, mas sim, um direito fundamental, para o qual não há que se falar de prescrição.

Discussões subsistem, porém, quanto às ações que versem sobre reparações financeiras (danos morais e materiais contra o empregador) para as vítimas do MAT inadequado, notadamente os trabalhadores que sofreram acidente de trabalho.

Sobre esse tema, recentemente o Tribunal Superior do Trabalho assentou que, relativamente às lesões ocorridas antes da Emenda Constitucional n. 45, de 31/12/2004, aplica-se o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, ou seja, três anos, para as ações de reparação de dano moral e material decorrente de acidente de trabalho. Tratando-se de lesão verificada depois dessa data, aplica-se a prescrição trabalhista, isto é, aquela regida pelo art. 7º, XXIX, da CF (dois anos depois da extinção do contrato de trabalho ou cinco anos no curso da relação de trabalho)³³. Esse entendimento é consequência da Súmula 736 e da Súmula Vinculante n. 22, ambas do Supremo Tribunal Federal, que deferem à Justiça do Trabalho a competência material para conhecer das ações da espécie, excetuadas aquelas que já tramitavam perante a Justiça Estadual e que tinham recebido sentença antes da EC n. 45.

Outra relevante dúvida em matéria de competência acha-se resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, no caso em que o autor da referida ação de reparação de danos for o sucessor do trabalhador falecido: compete também à Justiça do Trabalho, observado o marco temporal previsto na Súmula Vinculante n. 22.³⁴

Além desses questionamentos sobre competência material e prescrição que dificultam o exercício do direito de acesso à Justiça para tutela do MAT e das reparações individuais aos trabalhadores acidentados no trabalho, identifica-se o pertinente à responsabilidade civil do empregador. O problema tem raiz na redação do art. 7º, XXVIII (parte final), da CF, que

33 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. nº RR-9951400-04.2006.5.09.0513. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=11332> Acesso em: 07.10.2010.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Conflito de Competência n. 7.545-7/SC, relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília: **Diário da Justiça eletrônico** de 13.8.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600710>>. Acesso em 12.10.2010.

prevê como um dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. À luz desse dispositivo a jurisprudência inicialmente ditada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no particular, excluía a responsabilidade civil objetiva do empregador, reconhecendo o dever de indenizar somente quando comprovada a culpa ou dolo do empregador causador da lesão à saúde e segurança no trabalho.³⁵

O Superior Tribunal de Justiça tem decisão que, dando outro enfoque a esse dispositivo, estabelece uma presunção relativa de culpa do empregador considerado seu dever de preservar a integridade física do trabalhador, e admite a inversão do ônus da prova.³⁶

Mostram-se equivocadas as correntes de pensamento que isolam a responsabilidade civil do empregador no art. 7º, XXVIII, da CF. Esse artigo 7º contém um elenco “mínimo” de direitos do trabalhador. A tutela do meio ambiente, inclusive do trabalho – como direito fundamental que é – vai além dessa disposição trabalhista, devendo socorrer-se de outros dispositivos da Constituição e da legislação ordinária.

De modo resumido, o dano ambiental ao trabalho pode ser reparado:

a) No plano individual, à vítima de acidente de trabalho (ou seus sucessores), pelo Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT), instituído conforme a teoria do risco social, segundo a qual os danos causados são suportados por toda a coletividade. Fundamenta-se no art. 7º, XXVIII, da CF, primeira parte (seguro obrigatório contra acidentes de trabalho feito pelo empregador). Esse seguro, no que tange aos trabalhadores vinculados ao regime geral de previdência social, rege-se pela Lei n. 6.367/1976 e é pago pelo INSS - indenização acidentária). Tem como requisito apenas a prova do dano decorrente de um dos eventos identificados em lei como acidente de trabalho.

35 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. nº RR-3.467/2002-037-12-00.2, relator Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma. Brasília: **Diário da Justiça eletrônico** de 03.08.2007. Disponível em: <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RR%20-%20346700-21.2002.5.12.0037&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAQv2AAC&dataPublicacao=03/08/2007&query=responsabilidade%20e%20empregador%20e%20acidente%20e%20trabalho%20e%20dolo%20e%20culpa>>. Acesso em 12.10.2010.

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proc. Recurso Especial n. 1.067.738-GO, relatora p/ acórdão Min. Nancy Andrighy, 3ª Turma. Brasília: **Diário da Justiça eletrônico** de 25.6.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5403223&sReg=200801364127&sData=20090625&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12.10.2010.

b) Ainda no plano individual, segundo a responsabilidade civil subjetiva, conforme art. 7º, XXVIII, da CF, segunda parte. Devem ser comprovados, porém: a ação ou omissão da empresa, sua culpa ou o dolo, o dano e o nexo de causalidade. Serve de fundamento também para a reparação do dano coletivo ao ambiente de trabalho.

c) Nos planos individual e coletivo, com fundamento na responsabilidade civil objetiva prevista no art. 225, §3º, da CF. Nessa hipótese basta demonstrar a ocorrência do dano em consequência da atividade poluidora ou nas formas enquadradas no conceito legal de dano ambiental. Fundamenta-se também no art. 927, parágrafo único, do Código Civil – “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (teoria objetiva pura).

Nesse embate entre as teorias da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, a jurisprudência mais recente do Tribunal Superior do Trabalho avança no sentido de admitir a culpa *lato sensu* do empregador nas atividades de risco, reconhecendo a possibilidade de incidência também da responsabilidade civil objetiva, como se pode constatar no seguinte trecho de acórdão:

[...] DANO MORAL. ARTIGO 7º, XXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CULPA *LATO SENSU*. PRECEDENTE DA SBDI-1 DESTA CORTE. DESPROVIMENTO. A interpretação sistemática e teleológica do art. 7º, *caput* e XXVIII, da Constituição Federal, permite concluir que o rol de direitos dos trabalhadores ali enumerados não é taxativo, em nada impedindo que sejam atribuídos outros direitos aos trabalhadores, bastando que impliquem a melhoria de sua condição social. Assim, o inciso XXVIII do artigo 7º da Carta Magna traz um direito mínimo do trabalhador à indenização por acidente de trabalho, no caso de dolo ou culpa, mas outra norma pode atribuir uma posição mais favorável ao empregado que permita a responsabilidade por culpa *lato sensu*. Assim, a teoria do risco profissional considera que o dever de indenizar decorre da própria atividade profissional, principalmente naquelas de risco acentuado ou excepcional pela natureza perigosa, de modo que a responsabilidade incide automaticamente. Assim, a

obrigação de indenizar por ocorrência de acidente de trabalho subsiste, incidindo na hipótese a regra do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, no que se refere à ocorrência da responsabilidade sem culpa *stricto sensu* [...].³⁷

Observa-se que as dificuldades de ordem teórica e processual para a tutela do MAT vêm sendo superadas paulatinamente pela jurisprudência.

No caso do ambiente de trabalho dos trabalhadores subordinados a empregador, com foro na Justiça do Trabalho nos termos do art. 114 da Constituição, sua defesa coletiva vem sendo patrocinada pelo Ministério Público do Trabalho, preponderantemente, observando-se que os sindicatos também estão legitimados para tanto (CF, art. 8º, III).

No âmbito da Justiça do Trabalho, portanto, o ambiente laboral está dotado de agentes e ferramentas processuais mínimas para sua proteção no plano coletivo.

Na Justiça comum atuam o Ministério Público Federal e o Estadual, bem assim os demais legitimados ativos para a ação civil pública em condições de promoção dessa defesa coletiva.

Pode-se dizer que não há carência de legitimados nem de instrumentos judiciais para a proteção coletiva do ambiente de trabalho. As deficiências que existem são materiais e de pessoal.

Constata-se, por outro lado, uma falha de proteção no que se refere aos direitos individuais, notadamente das pessoas hipossuficientes, que não podem pagar advogado e despesas processuais, e que são vítimas do MAT inadequado, cuja consequência visível é o acidente de trabalho.

Em outras palavras: falta acesso à Justiça aos acidentados no trabalho, aos doentes ocupacionais e aos dependentes dos trabalhadores falecidos em decorrência do inadequado ambiente laboral e das doenças e acidentes ocorridos no trabalho.

Exatamente quando o trabalhador mais necessita, por força da fragilidade imposta pela perda da saúde, bem assim nos casos em que a família fica sem seu provedor, ainda se verifica grave deficiência do sistema de proteção judicial de seus direitos.

37 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. RR - 9951600-44.2005.5.09.0093, relator Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma. Brasília: **Diário da Justiça eletrônico** de 12.3.2010. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=%285061701.nia.%29&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 12.10.2010.

5 - ASSISTÊNCIA JURÍDICA PARA OS TRABALHADORES

Ora, sabe-se que o Ministério Público não está autorizado a defender direitos individuais disponíveis, nem mesmo dos necessitados – tarefa cometida, expressamente, pela Constituição (art. 134, da CF), à Defensoria Pública, como corolário do dever estatal de prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV, da CF). Excetuados os casos de interesse de incapazes, não pode o *Parquet* agir em defesa de direito individual visando apenas à reparação de danos decorrentes de ambiente laboral inadequado ou de acidentes de trabalho contra o empregador ou ex-empregador, perante a Justiça do Trabalho (art. 114, VI, da CF e Súmula 736 do STF). Não pode mover, igualmente, perante a Justiça comum, as ações (individuais) acidentárias regidas pela Lei n. 6.367/1976 contra o INSS.

A missão de prestar a assistência jurídica aos trabalhadores nessas ações individuais, tanto perante a Justiça do Trabalho, como junto à Justiça comum, cabe aos sindicatos das categorias profissionais (art. 8º, III, da CF, sejam os trabalhadores interessados hipossuficientes, ou não) e à Defensoria Pública Federal, no caso da Justiça do Trabalho, ficando quase inócua tal determinação ante o reduzido número de membros dessa categoria.

Note-se que na Justiça do Trabalho ainda se prestigia a vigência do art. 14 da Lei n. 5.584/1970, que impõe a prestação da assistência judiciária aos necessitados pelos sindicatos. A disposição, no entanto, não pode ser lida atualmente como “obrigação” sindical, uma vez que tal dever, desde 5/10/1988, é do Estado. Pode-se entender a subsistência desse art. 14 como uma “faculdade”, mais uma incumbência legal dos sindicatos, apenas, não como dever institucional.

Ainda que tal assistência judiciária constituísse obrigação dos sindicatos na vigência da CF de 1988, muitos trabalhadores continuariam (como continuam) sem atendimento, em especial aqueles que atuam em setores não organizados em sindicatos ou trabalham em locais em que tais entidades ainda não foram constituídas pela categoria profissional. Nesses casos os “sem sindicato” não têm assistência jurídica.

Merece ser salientada uma particularidade na Justiça do Trabalho consistente do *jus postulandi* das partes (art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho) que prevalece para as lides decorrentes da relação de emprego e, segundo a Súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho, “... limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho,

não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”. Não é preciso muito esforço mental para constatar que um trabalhador hipossuficiente, cuja situação se acha agravada pela doença ou pelo acidente sofrido no trabalho, não tem condições físicas nem intelectuais de exercer esse direito de postular diretamente na Justiça do Trabalho, sem a assistência jurídica de um advogado público ou particular, nem de acompanhar o respectivo procedimento, falar sobre prova pericial, inquirir testemunhas e praticar os demais atos especializados exigidos pelas demandas sobre ambiente laboral, saúde e segurança no trabalho. Não há que se cogitar, assim, razoavelmente, da possibilidade fática de exercício do *jus postulandi* nas ações individuais dessa natureza.

Conclui-se, então, que o dever legal de defender os interesses individuais dos trabalhadores hipossuficientes é verdadeiramente da Defensoria Pública, sem que nenhuma outra entidade possa substituí-la nessa obrigação, perante qualquer instância ou ramo do Poder Judiciário. E esse entendimento decorre expressamente do disposto na Lei Complementar n. 80/1994, arts. 1º, 4º, I e X, com redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009.

E para bem desincumbir-se dessa obrigação faz-se necessário que as Defensorias Públicas Federal e Estaduais aparelhem-se para a proteção não apenas do MAT no plano coletivo – missão compartilhada com os demais legitimados para as ações coletivas, notadamente o Ministério Público e os sindicatos – mas, principalmente, para a proteção dos direitos individuais dos trabalhadores carentes, buscando as reparações por meio de ações trabalhistas contra os empregadores ou ex-empregadores causadores dos danos materiais e morais à saúde e à segurança dos trabalhadores ou, no caso de óbito destes, das reparações aos seus sucessores, bem como por intermédio das ações acidentárias em face da Previdência Social.

A nosso ver, melhor seria a criação, a exemplo do que ocorre no Ministério Público (Federal, Estadual e do Trabalho), de uma Defensoria Pública do Trabalho, com atribuição para todas as causas de interesse dos trabalhadores, particularmente as referentes ao ambiente laboral, com carreira estruturada e ingresso mediante concurso público de provas e títulos, como os demais defensores públicos. Essa criação atenderia também ao Princípio da Especialização e da Eficiência.

6 - JUSTIÇA AMBIENTAL

Na década de 80, a preocupação ecológica passa a ter destaque nos EEUU, com a promulgação de leis sobre poluição atmosférica e hídrica: “*Clean Air Act*” e “*Clean Water Act*”. Em 1982, naquele país, cresce o movimento de “Justiça Ambiental” (*Environmental Justice*), identificando a desigualdade de ações governamentais impostas a segmentos sociais diversos, com o repúdio de representantes de minorias³⁸ étnicas a decisões sobre a instalação de aterros de resíduos perigosos próximos a bairros residenciais de negros, por isto recebendo, inicialmente, o nome de Racismo Ambiental, posto que as obras beneficiariam grupos hipersuficientes em detrimento de grupos desfavorecidos e das minorias raciais, vizinhas dos aterros. Posteriormente o movimento passou a ser denominado de Justiça Ambiental.

Em todos os lugares, as minorias e os grupos vulneráveis, como os trabalhadores, são afetados desproporcionalmente pelos efeitos negativos das ações/omissões governamentais. Os hipossuficientes técnicos e econômicos não participam das decisões que os afetam, mas são mais expostos a riscos, sendo o campeão deste triste troféu o trabalhador, submetido a assédio moral e sexual, a insegurança nas suas condições de trabalho, etc. Sobre controle social, Alves assevera que:

O Estado, na maior parte das vezes, não postula dimensões autocríticas, pois os agentes públicos responsáveis pela organização e pelo controle da ação pública são, em grande porção, carentes de controladores. Quem controla os controladores? Se aqueles que controlam não são efetivamente controlados, surge um problema muito grave quanto à manipulação e aplicação de recursos públicos, obtidos pela movimentação fiscal. Os recursos de todos parecem ser recursos de “ninguém”.³⁹

Algumas leis preveem o controle social, v.g., o Estatuto da Cidade (Lei nº 11.257/2001) e a Política Federal de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007).

No MAT existe a previsão da participação do trabalhador na composição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA). Essa Comissão, instituída pelo art. 163 da Consolidação das Leis do Trabalho,

³⁸ Sobre minorias ver SEGUIN, Elida. **Minorias e Grupos Vulneráveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, *in passim*.

³⁹ ALVES, Alaôr Caffé. **Desafio do século XXI: Estrutura Econômico-Social, Questão Metropolitana e Meio Ambiente Urbano-Regional. O Direito Ambiental na Atualidade: Estudos em Homenagem a GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO**. DANTAS, Marcelo Buzaglo, SÉGUIN, Elida e AHMED, Flávio (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 6.

“[...] tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador”.⁴⁰ Entre as várias e relevantes atribuições da CIPA destacam-se: “[...] identificar os riscos do processo de trabalho e elaborar o mapa de riscos com a participação do maior número de trabalhadores [...]”, “[...] elaborar plano de trabalho que possibilite a ação preventiva na solução de problemas de segurança e saúde no trabalho [...]” e “[...] divulgar aos trabalhadores informações relativas à segurança e saúde no trabalho [...]”.⁴¹ Nada obstante a generosidade normativa sobre o funcionamento da CIPA, ela não consegue realizar sua missão a contento, posto que seus membros são suscetíveis às pressões patronais⁴², a Comissão não é obrigatória para todos os estabelecimentos e o treinamento nem sempre é eficiente, entre outros problemas.

Voltando à Justiça Ambiental, a busca pela equidade era a principal reivindicação daquele movimento, pleiteando a isonomia de acesso aos bens ambientais disponíveis, para fruição racional. Como dimensão substantiva, tinha-se que os ônus decorrentes do desenvolvimento econômico, especialmente os alcançados de forma irresponsável por agentes públicos e empresários, deveriam ser preferencialmente eliminados ou, pelo menos, suportados igualmente por toda a coletividade,⁴³ enfatizando o controle social e a participação dos segmentos afetados pelas ações/omissões governamentais. A Justiça Ambiental contesta a eficácia da legislação ambiental que deixa de alcançar todas as camadas sociais,⁴⁴ marginalizando, ainda mais, comunidades já excluídas economicamente.

40 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual da CIPA - A nova NR 5**. Brasília: Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2006, p. 10.

41 *Ibid.*, 2006, p. 20-22.

42 A CIPA é formada por representantes dos empregados e do empregador, mas somente os representantes dos empregados devidamente eleitos para o encargo gozam de garantia de emprego contra a despedida arbitrária (art. 10, II, “a”, do ADCT/CF de 1988).

43 Está em tramitação o Projeto de Lei nº 4.972/2009, de autoria da Deputada Federal Rebecca Garcia do PP-AM, que “obriga as empresas a ressarcirem ao Sistema Único de Saúde (SUS) as despesas decorrentes da assistência prestada aos seus empregados vítimas de acidente do trabalho ou doença profissional ou do trabalho.” BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.972/2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/643711.pdf>. Acesso em 13.10.2010.

44 Um exemplo desta inaplicação é a Lei nº 11.445/2007, que instituiu a Política Federal de Saneamento Básico, que prevê a universalidade do saneamento básico, quando é sabido o elevado índice de áreas, sempre de baixa renda, que não possuem esgoto sanitário e onde as águas servidas correm a céu aberto. O princípio do acesso universal garante que o atendimento sanitário, independentemente da vontade do consumidor, seja prestado como um requisito de saúde pública, evitando-se que a pessoa desatendida transforme-se em vetor de problemas ambientais e de saúde pública para a coletividade e as gerações futuras. Isto transmuda o “direito” ao saneamento em um “dever fundamental” de consumir responsabilmente tais serviços.

Além da distribuição dos benefícios, riscos e gravames, a Justiça Ambiental possui um viés de cidadania, tirando do papel as políticas públicas ambientais, preservando a saúde do cidadão, diminuindo diferenças sociais e promovendo a inclusão social.

Em 2001 foi criada a Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA),⁴⁵ com o objetivo de incentivar ações que articulem as lutas ambientais com as por justiça social. No Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, realizado em Niterói de 24 a 27 de setembro de 2001, foram formuladas denúncias sobre a dimensão ambiental das desigualdades econômicas e sociais existentes nos países representados, concluindo-se que a injustiça ambiental caracteriza o modelo de desenvolvimento dominante no Brasil, em especial quando se fala em MAT. Como assevera Cavedon:

Se a Justiça Ambiental caracteriza-se por um tratamento equitativo no que se refere à distribuição de poder, riscos, custos e benefícios ambientais, acompanhado da democratização dos processos decisórios, a injustiça ambiental se configura com uma espécie de discriminação ambiental, ao impor a grupos vulneráveis uma carga desproporcional de custos e riscos ambientais se comparados com aqueles que são impostos à sociedade em geral. Destas situações de desigualdade, discriminação e injustiça ambiental podem decorrer violações de direitos humanos, o que reforça a necessidade de análise integrada dos regimes jurídicos de proteção do meio ambiente e dos direitos humanos.⁴⁶

Prova dessa injustiça ambiental na seara trabalhista são os dados estatísticos oficiais mais recentes publicados sobre acidentes de trabalho no País:⁴⁷

45 Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponível em: <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=229>. Acesso em: 13.10.2010.

46 CAVEDON, Fernanda de Salles. Conexões entre Direitos Humanos e Direito Ambiental como um contexto mais favorável para a Justiça Ambiental. **O Direito Ambiental na Atualidade: Estudos em Homenagem a GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO**. DANTAS, Marcelo Buzaglo, SÉGUIN, Elida e AHMED, Flávio (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 168.

47 BRASIL. Previdência Social. Estatísticas da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>. Acesso em: 13.10.2010. Esses dados referem-se somente aos trabalhadores filiados à Previdência Social e não incluem os servidores públicos nem os casos não notificados ou não diagnosticados.

Ano	Total	Acidentes típicos	Acidentes de trajeto	Doenças ocupacionais	Sem CAT ⁴⁸ registrada
2005	499.680	398.613	67.971	33.096	-
2006	512.232	407.426	74.636	30.170	-
2007	659.523	417.036	79.005	22.374	141.108
2008	747.663	438.536	88.156	18.576	202.395

Sob a ótica da Justiça Ambiental os trabalhadores são vítimas diretas, em que pese o inciso XXII, do art. 7º da CF, prever a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. A higiene ocupacional está ligada à prevenção, reconhecimento, avaliação e controle dos fatores ambientais, das tensões emanadas ou provocadas pelo local de trabalho⁴⁹ que podem ocasionar enfermidades, comprometer a saúde ou criar incidente significativo para trabalhadores ou comunidade.

Existem vítimas indiretas, como os produtores agrícolas cujas terras perdem a fertilidade na contaminação por agrotóxicos; os trabalhadores submetidos desnecessariamente a riscos por tecnologias sujas, muitas delas já proibidas em outros países por seus malefícios que comprovadamente acarretam, mesmo quando já existem sucedâneos; as mulheres que lavam os uniformes de trabalho contaminados de seus maridos, entre outros.

Constatam-se também danos decorrentes da flexibilização de normas, que produzem vantagens apenas para um pequeno grupo de pessoas em detrimento de uma comunidade, como a continuidade da produção do amianto (Lei nº 9.055/1995)⁵⁰ embora já existam substâncias que o substituam, ou a permissão para se continuar a produzir óleo diesel com alto grau de enxofre.⁵¹

48 CAT - Comunicação de Acidente de Trabalho.

49 Desde a antiguidade existe registro do reconhecimento da relação entre trabalho e saúde/doença. Hoje já se inclui entre os riscos ambientais do trabalho as tensões psicológicas a que o empregado é submetido, como o assédio moral e sexual ou o medo de perder o emprego pela automação dos serviços (art. 7º, inciso XXVII da CF).

50 A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3937), contestou a vigência da Lei paulista nº 12.684/2007. A entidade alegou que a norma usurpa competência da União e entra em confronto com a Lei federal 9.055/1995, que permite o uso controlado do amianto no país. No caso do amianto, da variedade crisotila (asbesto branco). O Pleno do STF indeferiu a liminar e ainda não julgou o mérito da ação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2544561>>. Acesso em: 13.10.2010.

51 O CONAMA, pela Resolução nº 315/2002, impôs um limite de 50 partes por milhão (ppm) de enxofre para o diesel (S50) e deveria entrar em vigor em janeiro de 2009. Atualmente, a concentração no diesel brasileiro é de 500 ppm nas regiões metropolitanas e de 2.000 ppm nas áreas rurais. Na Europa, essa concentração é de 10 ppm e nos

7 - AS 100 REGRAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Nos dias 9, 10 e 11 de dezembro de 2009, foi realizada na cidade do Rio de Janeiro uma reunião das Instituições do Sistema de Justiça do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile, em que se discutiu o acesso à Justiça de pessoas ou grupos em condição de vulnerabilidade. Houve mesas específicas para gênero, encarcerados, moradia e minorias, mas não foi expressamente discutido o acesso à Justiça pelo trabalhador.

Importante esclarecer que minoria não é sinônimo de um contingente numericamente inferior, mas de um grupo de indivíduos, destacado por uma característica que o distingue dos outros habitantes do país. Bobbio, em seu Dicionário de Política, no verbete “minorias” remete o leitor à *Teoria das Decisões Coletivas*,⁵² onde é definido como

noção ...[que]... nasce da distinção entre decisões provenientes de uma coletividade e as decisões individuais. Aquelas são decisões subtraídas à competência de cada indivíduo como tal. Se por decisão individual se entende que cada indivíduo decide por si, então as decisões coletivas são decisões não individuais.

Bobbio assevera ainda que nessa teoria inexistente definição unívoca de grupo, embora estejam delineadas diferenças de funcionamento entre os pequenos e os grandes grupos, em especial pela relação face a face. Alerta que a “[...] regra da maioria não funciona só quando existe uma maioria hegemônica”.⁵³ A nomeação de algumas minorias aprioristicamente parece um contrassenso, tal como o trabalhador que constitui a maioria numérica da população mundial. Em verdade, minoria é um grupo destituído de poder, não sendo relevante para identificá-lo o número percentual de seu contingente.

O texto da Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas, de dezembro de 1992, sobre Direitos de Minorias, reiteradamente, sem estabelecer uma definição, faz referência a *persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities* (pessoas que pertencem a

Estados Unidos, 15 ppm. Ela foi modificada por uma resolução da Agência Nacional de Petróleo (ANP) e um TAC, firmado em ACP, colocou uma pedra de cal na questão em detrimento do Meio Ambiente. Normas que reduzem a poluição e previnem doenças, como a Lei nº 11.445/2005, que instituiu a Política Federal de Saneamento Básico (PFSB), permanecem apenas no papel, parecendo ser desimportante a economia que estes equipamentos sanitários representam para a saúde pública.

52 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 10ª ed., Brasília: Ed. UNB, 1997, v. 2, p. 7

53 Id., *ibid.*, 1997, p.7.

uma nacionalidade ou minorias étnicas, religiosas e linguísticas). Existem doutrinadores que defendem a inviabilidade de uma definição, posto que se poderia tornar um obstáculo no campo normativo para a proteção das minorias, pois cada minoria, dependendo da situação em que se encontre, tem suas características:

*A definition of minorities in international law had often done little more than impede the process of standard-setting and had not been included in the Declaration; law in fact had proceeded without sharp definitions in order to preserve flexibility, openness and the possibility of progress.*⁵⁴

A propósito, é significativo que o **Princípio da Publicização do Direito Privado**, consubstanciado nas ingerências estatais em atividades tradicionalmente privadas, tenha encontrado terreno fértil no Direito do Trabalho. A relação patrão/empregado pressupõe uma subordinação jurídica, registrando-se, inclusive, prazos prescricionais para reivindicação dos créditos resultantes das relações de trabalho - cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do pacto laboral - conforme art. 7º, XXIX, da CF.

Assim, para atender às diretrizes de direitos humanos constantes dos tratados firmados pelo Brasil, é essencial a garantia de acesso à Justiça e aos Tribunais. Neste sentido, as “100 Regras” aprovaram, entre outras, as seguintes diretrizes:

1. Detectar grupos em situação de vulnerabilidade, que não encontram proteção de direitos nem reconhecimento de suas identidades, motivando a ampliação de cobertura de serviços jurídicos gratuitos e educação em direitos humanos, consagrando novos organogramas internos para fazer frente a estes desafios.⁵⁵

Nesta diretriz pode perfeitamente ser incluído o trabalhador como grupo vulnerável a ser protegido pelas Regras, com a efetivação do acesso à Justiça e aos Tribunais, não mais dependente dos “favores” de um sindicato ou de outro legitimado coletivo, mas como titular de direito ao

54 Uma definição de minorias em direito internacional tem frequentemente quase impedido o processo de fixar padrões e excluir os que não tinham sido incluídos na Declaração; a lei tem procedido na realidade sem definições precisas para preservar a flexibilidade, a franqueza e a possibilidade de progresso. (Tradução livre).

55 Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponível em: <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=229>. Acesso em: 13.10.2010.

referido acesso. Vale ainda consignar a necessidade de implementação de uma Política Pública de Educação Ambiental do Trabalhador, inexistente, na prática, no Brasil.

2. Nós nos comprometemos a exercitar uma atuação a fim de priorizar litígios estratégicos como mecanismos para modificar violações sistemáticas de direitos humanos.

3. Nós nos comprometemos a construir rede entre os atores do sistema de justiça para apresentar sugestões ao Anteprojeto de Convenção Interamericana contra a Discriminação.⁵⁶

Estes dois comprometimentos são emblemáticos, pois as violações aos direitos humanos do trabalhador ainda são constantes, particularmente na seara do ambiente laboral, como exemplificam as estatísticas de acidentes do trabalho no Brasil acima referidas.

CONCLUSÕES

Os trabalhadores são minorias, posto que destituídos de poder e constituem um grupo vulnerável, notadamente quanto ao acesso à Justiça com vistas à fruição do meio ambiente de trabalho saudável e seguro.

O meio ambiente de trabalho, considerado como direito fundamental, deve ser tutelado com prioridade, individual e coletivamente, eliminando-se as dificuldades de acesso à Justiça, notadamente as referentes à representação judicial do interesse defendido e as questões processuais a exemplo da competência material que, se mal resolvidas pela jurisprudência, podem desestimular e até mesmo impedir o exercício do direito.

A tutela do meio ambiente do trabalho deve se dar de modo a beneficiar os trabalhadores de todas as categorias, e não apenas os regidos por relação de emprego, os quais necessitam ter pleno acesso aos meios de solução extrajudicial de conflitos e também aos órgãos da Justiça comum e da Justiça do Trabalho.

Para o efetivo acesso à Justiça são indispensáveis as providências jurídicas de efeito coletivo, nas quais vem se sobressaindo o Ministério Público do Trabalho como legitimado ativo para receber os termos de ajuste de conduta dos infratores e para mover ação civil pública em defesa do meio ambiente laboral, bem como os sindicatos e, mais recentemente,

⁵⁶ Id., *ibid.*

a Defensoria Pública - esta com a vantagem de poder atuar perante todos os ramos do Judiciário.

A presença da Defensoria Pública para tutela do meio ambiente de trabalho é indispensável também no que se refere à defesa dos trabalhadores hipossuficientes, vítimas do ambiente de trabalho inadequado, ou de seus sucessores, por meio do ajuizamento de ações individuais que visem à reparação de danos morais e materiais contra os tomadores da mão de obra e causadores de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, bem assim da propositura de ações acidentárias em face da Previdência Social.

Propõe-se, nesse contexto, também a criação de uma Defensoria Pública especializada na defesa dos interesses individuais e coletivos dos trabalhadores, especialmente o direito ao meio ambiente do trabalho saudável. Num primeiro momento, para tanto, é essencial o reconhecimento da classe trabalhadora como um grupo vulnerável, justificando-se, então, a criação de um segmento da Defensoria Pública com atribuição específica para garantir-lhe o acesso à Justiça e aos Tribunais.

O debate sobre o acesso à Justiça e o Estado Democrático de Direito perpassa pela discussão de padrões formais de um modelo de sociedade que exclui a maioria numérica de indivíduos (por aspectos econômicos, culturais e éticos), “e super inclui uma pequena série de privilegiados (que por relações pessoais e de poder econômico não têm deveres ou não veem obrigação de cumpri-los)”.

Na análise das “100 regras” foi apontada a necessidade de se pensar em políticas bidimensionais para o sistema de Justiça. Por um lado, redistributivas, promovendo distribuição de renda, serviços, capital, e por outro, que contemplem o aspecto do reconhecimento, de forma a ressaltar as individualidades em suas diferenças e características culturais mais próprias de cada grupo. Imprescindível ainda a construção de paridade participativa, garantindo o acesso a bens e serviços e também às mesmas condições de participação e influência para todos os que não são incluídos.

Para tornar efetivo o acesso à Justiça, é mister reordenar os órgãos judiciais, não só em suas estruturas, mas também em suas funções, para contemplar políticas de paridade participativa.

No referido documento é abordada a necessidade de uma “compreensão entre eficiência burocrática e eficiência ética; pensar estes preceitos de forma humanística, incluindo a perspectiva dos indivíduos e

beneficiários do sistema de Justiça na construção de indicadores de alto desempenho do Judiciário”.

Inegavelmente, é extremamente importante a definição de uma estratégia da incorporação dos tratados internacionais dos direitos humanos na linha argumentativa das peças e decisões produzidas pelas entidades do Sistema de Justiça. ❖

Cidadania e Estado de Direito: breves reflexões sobre o caso brasileiro

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa.

1 - CONTORNOS ESSENCIAIS DA CIDADANIA

Em seus contornos mais basilares e com abstração dos circunstancialismos de ordem local e temporal que necessariamente influem no delineamento do seu conteúdo, a cidadania pode ser vista como um *status*, que qualifica a relação da pessoa humana com o poder dominante. Essa impressão inicial é corroborada por sua própria etimologia, já que cidadania deriva do latim *civitas*, que significa cidade, designativo que caracterizava o Estado antigo, claro indicativo de que o indivíduo assume certa posição *na* ou *perante a* cidade. A evolução da humanidade bem demonstra que o conteúdo da cidadania sempre oscilará em torno dessa relação, podendo refletir o conceito de nacionalidade (*Staatsangehörigkeit* – “pertencente ao Estado”),¹ o direito de participação política, a demarcação de uma esfera jurídica imune à intervenção estatal, papel este desempenhado pelas liberdades clássicas ou, mesmo, o direito a prestações materiais.

A cidadania, em verdade, pode ser visualizada tanto no plano jurídico, como no sociológico. No primeiro, assume os contornos traçados pela ordem jurídica, em especial pela Constituição, indicando os direitos e os deveres que alcançam o indivíduo enquanto célula da sociedade e destinatário do poder estatal. No segundo, por sua vez, atua como fator de aglutinação de referenciais éticos, ecológicos e democráticos; o *status*

¹ Cfr. MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I*, 5ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2007, p. 3; e ZIPPELIUS, Reinhold e WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*, 32ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 33.

de cidadão é atribuído àqueles que estão efetivamente inseridos no contexto social, observando certos padrões comportamentais, de natureza normativa ou não, e tendo reconhecidos certos direitos que se mostram essenciais à própria espécie humana. Sob essa última ótica, não é incomum afirmar-se que vândalos e indigentes, os primeiros por afrontarem a ordem jurídica, os segundos por não serem realmente amparados por ela, são não cidadãos.

Remonta à Grécia antiga a concepção de cidadania enquanto direito assegurado ao cidadão (*politikos*) de participar ativamente de qualquer reunião (*ekklesia*) realizada em praça pública (*ágora*), visando à tomada de decisões de interesse da cidade (*pólis*). Nesse contexto, a cidadania assume caráter instrumental em relação à democracia (democracia “seletiva”, convém lembrar, já que excluía a participação de mulheres, escravos e outros não cidadãos). No direito romano, a exemplo do grego, a cidadania, durante a República, era reconhecida desde o nascimento, com a só condição de que o pai fosse romano, ainda que a mãe não fosse cidadã.² Nesse período, somente a cidadania, que apresentava contornos semelhantes àqueles atribuídos, nos dias atuais, à nacionalidade, permitia que o indivíduo possuísse direitos civis e políticos³. Mesmo na atualidade, são múltiplas as construções que apregoam a inconsistência do entendimento que atribui contornos meramente passivos à cidadania. Dennis T. Thompson,⁴ por exemplo, afirma que *“cidadania não é significado que apenas sugere aqueles direitos ostentados por um sujeito passivo pelo simples fato de residir sob uma particular jurisdição territorial. Nem o seu significado principal é o de denotar patriotismo ou lealdade a um Estado-Nação”*. Conclui, ao final, que cidadania *“se refere à capacidade presente e futura de influenciar políticas”*.

A Constituição de 1988 visualiza a cidadania, essencialmente, como o direito de interagir com o poder, manifestando-se tanto na participação no processo político, indicando o direito de votar e de ser votado, como na própria legitimidade para impugnar certos atos praticados pelo Poder Público, o que se dá com o manejo da ação popular, de uso restrito aos cidadãos (art. 5º, LXXIII). Como pressuposto da cidadania, exige-se a nacionalidade brasileira, que pode ser nata ou decorrer de naturalização. A amplitude da

2 Gaius 1, 78,80.

3 Cfr. GAUDEMET, Jean. *Institutions de L'Antiquité*, Paris: Sirey, 1967, p. 362.

4 *The Democratic Citizen*, Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 1-5.

cidadania, aliás, é diretamente influenciada pela forma de aquisição dessa nacionalidade, isto porque aos estrangeiros naturalizados brasileiros é vedado o acesso a certos cargos, como o de Presidente da República (art. 12, § 3º, I). Para a maior parte da população, o ato de tornar-se cidadão não é propriamente um direito, mas um dever. Explica-se: é cidadão aquele que possui direitos políticos, e estes surgem com o alistamento eleitoral, que é obrigatório para os maiores de dezoito anos e facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (art. 14, § 1º, I e II), sendo vedado para os estrangeiros e os conscritos durante o serviço militar obrigatório (art. 14, § 2º). Assumido o *status* de cidadão, o indivíduo encontra-se obrigado a votar, isto com exceção das hipóteses em que o alistamento eleitoral seja facultativo (art. 14, § 1º, II), e a cumprir as demais obrigações estabelecidas na legislação infraconstitucional. Constata-se, assim, que a cidadania reflete o conjunto de direitos e deveres associados ao preenchimento e ao controle das estruturas estatais de poder. Diversamente de alguns Estados da antiguidade, o reconhecimento de liberdades fundamentais ou de direitos prestacionais não pressupõe a condição de cidadão: nesse particular, a ordem constitucional gravita em torno do referencial de pessoa humana (art. 1º, III).

Para os fins dessas breves linhas, utilizaremos a concepção mais ampla de cidadania.

2 - ALGUMAS RAZÕES DE COMPRESSÃO DA CIDADANIA NO BRASIL

Há muito se escreve sobre a nítida dissociação existente entre a plasticidade formal da ordem jurídica brasileira e o modo como ela se projeta na realidade. Aliás, é quase imemorial a sentença, tantas vezes repetida no ambiente social, de que *a lei x ou y não pegou*. Esse quadro permite afirmar que como nossa ordem jurídica, ao menos em parte, é exclusivamente semântica, não sendo mais que um amontoado de palavras, a cidadania que nela deveria encontrar sustentação também será, ao menos em parte, exclusivamente semântica.

As razões que podem justificar o fato de ordem jurídica e cidadania serem parcialmente semânticas podem estar associadas (a) ao indivíduo, (b) ao Poder Público e (c) à norma. É oportuno ressaltar que cada um desses fatores é permeável à realidade circundante, que pode se mostrar favorável, ou não, ao pleno desenvolvimento da cidadania. A possível existência de conflitos armados no território do Estado, a carência de recursos finan-

ceiros e a pouca tradição democrática são apenas alguns exemplos de uma possível influência negativa da realidade.

O indivíduo pode tornar-se o fator de propulsão de sua não-cidadania ao permanecer alheio aos direitos que a ordem jurídica lhe assegura e aos deveres que lhe impõe. Além das deficiências de ordem moral, fruto de uma personalidade distorcida e pouco afeta aos parâmetros de convivência social, esse quadro também pode surgir por razões exógenas. Em países de modernidade tardia como o Brasil, esse é normalmente o resultado de uma educação deficitária, o que impede o aflorar da moral crítica a que se referia Hart⁵ e inviabiliza o desenvolvimento de uma democracia verdadeiramente participativa. Sob essa ótica, a realidade brasileira nos oferece um exemplo verdadeiramente singular, afinal, há uma distância abissal entre a avançada disciplina normativa do direito à educação e o modo como o serviço é prestado pelas instituições públicas de ensino.⁶

A educação, além de facilitar a evolução do *eu*, possibilita a integração ao *nós*, permitindo que pessoas econômica e socialmente excluídas possam deixar a zona de pobreza e participar da vida social.⁷ No extremo oposto, a reduzida capacidade crítica da população permite que políticos pouco escrupulosos, alguns deles já incorporados ao anedotário popular, continuem a ser eleitos e a se servir da coisa pública. Essa situação tem assumido contornos tão caricatos que alguns deles chegam a ser processados pela prática dos mesmos ilícitos em distintos mandatos, sendo sempre beneficiados por um emaranhado de leis processuais que, somado à lendária ineficiência dos órgãos de persecução, permite a sua permanência no poder por anos a fio.⁸ E quando são interpelados sobre os ilícitos que foram acusados de praticar, muitas vezes gravados em meio audiovisual, apresentam a mesma resposta: foram vítimas de perseguição política. A massa de eleitores, forjada em um sistema educacional falido e anacrônico, vê-se facilmente convencida por qualquer arroubo retórico; poucos anos depois, a lembrança dos fatos não passa de cinzas, que ao

⁵ *Law, Liberty and Morality*, Satnford: Stanford University Press, 1963, p. 20.

⁶ Cfr. GARCIA, Emerson. *The Right to Education and their Perspectives of Effectiveness*, in *International Journal for Education Law and Policy*, vol. 5, Issue 1-2, p. 55 (55), 2009.

⁷ Cfr. JAYAWICKRAMA, Nihal. *The Judicial Application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 894.

⁸ Com o advento da Lei Complementar nº 135/2010, o sistema eleitoral brasileiro foi alterado de modo a permitir que decisões proferidas por órgãos jurisdicionais colegiados (*rectius*: tribunais), ainda que não transitadas em julgado, redundem em inelegibilidade, o que certamente contribuirá para a realização de uma assepsia entre os detentores de mandato eletivo.

mais leve sopra se espalham e desvanecem. Se a presunção de inocência é algo indissociável do Estado de Direito, a capacidade de escolher aqueles que ascenderão ao poder, valorando a sua conduta pretérita, também o é. Afinal, nas sábias palavras de James Russel Loewll, a “*democracia dá a cada homem o direito de ser o seu próprio opressor*”.

A situação ainda se torna mais complexa ao constatarmos a “*anorexia ideológica*”, marcada por um pluralismo exacerbado,⁹ que tem caracterizado o sistema partidário brasileiro. Suprimido o designativo, é tarefa assaz difícil identificar no que os partidos políticos se distinguem. Em comum, ostentam o desejo de ascender ao poder, de angariar a simpatia do eleitorado a qualquer custo e, não raro, de receber em seus quadros quaisquer indivíduos que gozem de elevada popularidade, ainda que destituídos de valores éticos e morais.

O segundo fator a ser levado em consideração é aquele do qual muito se espera e, por vezes, pouco se recebe. Trata-se do Poder Público. É a ele que incumbe, por meio dos órgãos competentes, a integração de eficácia da ordem constitucional, editando as leis necessárias à sua máxima efetividade, e a imediata implementação das normas constitucionais dotadas de eficácia plena. Enquanto os clássicos direitos de liberdade¹⁰ normalmente se enquadram nessa última categoria, os direitos prestacionais costumam se ajustar à primeira, exigindo, assim, a definição das prestações a serem oferecidas e a indicação da respectiva fonte de custeio. Quando o Poder Público não se desincumbe desse *munus*, a cidadania tende a ser comprimida. Nesse momento, já é possível deduzir que iniciamos uma argumentação circular: povo acrítico tende a eleger mandatários despreparados; e mandatários despreparados tendem a manter o povo acrítico, facilitando a sua manipulação. É importante ressaltar que políticas assistencialistas e populistas, conquanto possam trazer benefícios imediatos, como redistribuição de renda e garantia do mínimo existencial às classes menos favorecidas, tendem a acentuar esse quadro, mantendo considerável parcela da população na incômoda posição de “*massa de manobra*”, sempre ao sabor das maiorias ocasionais.

9 Uma explicação científica para o multipartidarismo pode ser encontrada em DUVERGER, Maurice. *Les Partis Politiques*, Paris: Librairie Armand Colin, 1958, p. 236 e ss..

10 Sobre a herança da Revolução Francesa, vide SIEYÈS, Abade. Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen*), trad. de GARCIA, Emerson. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55 e ss..

A importância do voto responsável torna-se particularmente relevante ao constatarmos que embora seja lugar comum a afirmação de que a atuação das estruturas estatais de poder deve permanecer adstrita aos balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica, o que, em tese, permitiria o recurso ao Poder Judiciário sempre que dela dissentessem, a ideia de separação dos poderes, por vezes, é vista como um dogma intransponível.¹¹ Mesmo quando a própria Constituição autoriza a intervenção do Poder Judiciário, a opção, por vezes, é ladeá-la, ver de menos, simplesmente eximir-se de enfrentar o novo, de romper com o *status quo*.¹²

Apesar dos excessos na identificação dos balizamentos oferecidos pela separação dos poderes, não se pode negar que todos os Poderes constituídos possuem uma margem de liberdade valorativa e, conseqüentemente, de irresponsabilidade. Podem atuar livremente e não serão contrastados pelos demais poderes estatais, isto sob pena de indevida ingerência em seara alheia. Referindo-se a essa região de irresponsabi-

11 Cfr. GARCIA, Emerson. “Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, nº 2, p. 955 (955 e ss.), 2005.

12 O Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo a eficácia plena da norma constitucional que contempla o mandando de injunção (CR/1988, art. 5º, LXXI), não dependendo, assim, de legislação integradora (MI nº 107, rel. Min. Moreira Alves, j. em 23/11/1989, RTJ nº 133/11), isto sem olvidar a aceitação do mandado de injunção coletivo (MI nº 144, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 03/08/1982, DJ de 28/05/1993), vinha dispensando uma interpretação excessivamente tímida ao instituto. O Tribunal exigia que a omissão inconstitucional persistisse por um razoável lapso temporal (MI nº 361, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 08/04/1994, DJ de 17/06/1994) e não admitia a concessão de medida liminar (MI nº 553, rel. Min. Celso de Mello, j. em 13/05/1997, DJ de 16/06/1995), restringido, em regra, o alcance do provimento jurisdicional à mera declaração da omissão inconstitucional. Com isto, deixava de editar a norma individual reguladora do caso concreto (MI nº 585/TO, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 15/05/2002, DJ de 02/08/2002 – direito de greve dos servidores públicos, art. 37, VII, da CR/1988). Essa interpretação, que estimulava o surgimento de uma verdadeira simbiose entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, aniquilando qualquer possibilidade de eficácia social do primeiro, ao que se soma a já recorrente ineficácia da segunda, sofreu pequeno aperfeiçoamento, tendo o Tribunal avançado ao reconhecer a possibilidade de fixação de prazo para que o Legislativo suprisse a omissão, ao término do qual, a depender da hipótese, poderia o interessado gozar do direito (MI nº 232, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27/03/1992) ou postular a indenização pelos danos sofridos (MI nº 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20/03/1991, DJ de 14/11/1991 – anistia e direito a reparação econômica, art. 8º, § 3º do ADCT da CR/1988). Por persistir a ausência de regulamentação do direito referido no art. 8º, § 3º do ADCT da CR/1988, isto apesar das comunicações anteriores, “o Tribunal decidiu assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, fixar o valor da indenização” (MI nº 543, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 26/10/2000, DJ de 24/05/2002). Em momento posterior, novo avanço foi identificado, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela aplicação de norma infraconstitucional já existente a situações que careciam de legislação específica. O Tribunal, analisando a renitência do Congresso Nacional em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, direito fundamental dependente de integração pela legislação infraconstitucional, declarou a omissão legislativa e determinou fosse aplicado, no que coubesse, a Lei nº 7.783/1989, regente do setor privado (Pleno, MI nº 670, 708 e 712, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 25/10/2007, DJ de 31/10/2008). O mesmo ocorreu em relação à aposentadoria especial dos servidores públicos, tendo decidido pela possibilidade de aplicação das regras do regime geral de previdência social enquanto o art. 40, § 4º, da Constituição de 1988 não fosse regulamentado pelo Congresso Nacional (Pleno, MI nº 788/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. em 15/04/2009, DJ de 07/05/2009; MI nº 795/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 15/04/2009, DJ de 21/05/2009; e MI nº 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio j. em 1º/07/2008, DJ de 25/09/2008).

lidade, observava Rui Barbosa¹³ que “[e’] a região em que esse poder é discrecionário. Limitando a cada poder as suas funções discretórias, a lei, dentro nas divisas em que as confina, o deixa entregue a si mesmo, sem outros freios, além do da idoneidade, que lhe supõe, e do da opinião pública, a que está sujeito. Em fallescendo elles, não há, nem pôde haver, praticamente, responsabilidade nenhuma, neste particular, contra os culpados. Dentro, no seu circulo de acção legal, onde não tem ingresso nem o corpo legislativo nem a justiça, o Governo pôde administrar desastrosamente, e causar ao patrimonio publico damnos irreparáveis. Em casos taes, que autoridade o poderá conter, neste regimen? Por sua parte, o Congresso Nacional, sem ultrapassar a orbita da sua autoridade privativa e discrecionaria, pôde legislar desacertos, loucuras e ruinas. Onde a responsabilidade legal, a responsabilidade executavel contra esses excessos? E, se os dois poderes políticos se derem as mãos um ao outro, não intervindo, moral ou materialmente, a soberania da opinião publica, naufragará o Estado, e a Nação poderá, talvez, sossobrar. Nem por isso, comtudo, já cogitou alguém de chamar, nessas conjunturas, contra os dois poderes políticos, o poder judicial. E’ que, contra os desacertos deste genero, não se concebe outra responsabilidade, senão a da conta que todos os órgãos da soberania nacional a elle devem”. A constatação de Rui bem realça o porquê de os atos dos Poderes Executivo e Legislativo estarem alicerçados nos referenciais de juridicidade e legitimidade democrática, verdadeiro “conceito chave do Estado Democrático” (*Schlüsselbegriff des demokratischen Staates*¹⁴): sua correção deve ser objeto de constante valoração por parte dos cidadãos, que devem externar, nas urnas, a aquiescência, ou não, aos atos praticados. Daí a imprescindibilidade de uma imprensa livre, apta a municiar os cidadãos e a possibilitar o florescer da opinião pública,¹⁵ que assume vital importância no direcionamento dos votos nas eleições vindouras.¹⁶ A ausência de qualquer desses fatores faz ruir não só o regime democrático como a própria idoneidade do exercício do poder,

13 **Commentarios á Constituição Federal Brasileira**, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. IV, Do Poder Judiciário, São Paulo: Saraiva & Cia., 1934, p. 21-22.

14 MAURER. *Staatsrecht I...*, p. 181.

15 O reconhecimento de uma relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia foi uma das premissas em que se baseou o Supremo Tribunal Federal ao decidir pela não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) pela Constituição de 1988: **Pleno, ADPF nº 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. em 30/04/2009, DJ de 05/11/2009.**

16 Cfr. BRADLEY, A. W. e EWING, K. D.. **Constitutional and Administrative Law**, Harlow, Pearson Education, 2003, p. 103.

que permanecerá livre, a um só tempo, de qualquer controle por parte de mecanismos jurídicos e críticos.

Avançando para o terceiro fator a ser considerado, a norma, observa-se que o seu delineamento tanto pode estimular, como retraindo o desenvolvimento da cidadania. O grande Carrara,¹⁷ aliás, já advertira que *“as leis humanas têm sido, com demasiada freqüência, iníquas e irracionais, porque produzidas pelas paixões ou pelas alucinações da mente”*. Ao falarmos da norma enquanto fator de compressão da cidadania, devemos ter sempre em mente que ela não é um produto pronto e acabado, oferecido pela autoridade competente (v.g.: Poder Constituinte ou Poder Legislativo) e passível de ser tão somente apreendido pelo intérprete, que exerceria uma função de mero conhecimento. A norma, em verdade, é o resultado do processo de interpretação.¹⁸ Cabe ao intérprete, no exercício de uma atividade de integração criativa, analisar o potencial semântico do texto e, a partir das peculiaridades do contexto, delinear o conteúdo normativo que se lhe deve atribuir. Sob essa perspectiva, qualquer deficiência normativa há de ser compreendida sob a ótica do enunciado linguístico objeto de interpretação, moldura que limita e dá sustentação à atividade do intérprete, e sob o prisma da interpretação propriamente dita, o que inclui uma série de decisões metódicas, intratextuais e extratextuais a cargo do intérprete.

Uma norma “ruim” tanto pode resultar de um enunciado linguístico ao qual somente possam ser atribuídos conteúdos considerados inadequados, como ser fruto de uma interpretação insatisfatória, em que, dentre os conteúdos possíveis, o intérprete escolha aquele menos benéfico ao cidadão. A realidade brasileira tem demonstrado que normas “ruins”, na maior parte dos casos, decorrem de inconsistências no processo de interpretação, como a não consideração dos fatores ambientais pertinentes, dos valores a que se deve atribuir preeminência¹⁹ ou dos fins a serem alcançados pela norma. Se a funcionalidade dos clássicos direitos de liberdade há muito foi apreendida pelos Tribunais, principais intérpretes do direito posto, o mesmo não pode ser dito em relação aos direitos prestacionais contemplados no texto constitucional (v.g.: saúde, educação etc.)

17 Programa do Curso de Direito Criminal, Parte Geral, vol. I, trad. de FRANCESCHINI, José Luiz V. de A. e PRESTES BARRA, J. R., São Paulo: Saraiva, 1956, p. 33.

18 Cfr. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik, Band I: Grundlagen Öffentlichen Recht*, Berlin: Duncker & Humboldt, 9ª ed., 2004, p. 258 e ss..

19 Como ressaltado por Franco Modugno, não há juízo normativo à margem de juízo valorativo (*La Regionevolezza nella Giustizia Costituzionale*, Napoli: Editoriale Scientifica, 3ª reimp., 2009, p. 10).

e à possibilidade de alguns deles, face à relevância assumida na densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, serem imediatamente exigidos do Poder Público, máxime por meio de um processo coletivo.

EPÍLOGO

A construção de uma cidadania real, não puramente semântica, exige, acima de tudo, uma mudança de consciência. Por parte do indivíduo, consciência de que é fim, não meio à disposição das estruturas estatais de poder; de que é titular da *res* pública, não beneficiário temporário da generosidade alheia; e de que é senhor e formador do Poder Público, o que exige que a eleição seja vista como uma parte relevante de sua vida, não como um incômodo *munus* cívico que vez ou outra lhe subtrai um domingo de descanso. Por parte do Poder Público ou, de modo mais específico, por parte dos detentores de mandato eletivo, consciência de que sua atividade finalística sempre deve estar comprometida com a satisfação do interesse público; de que são mandatários, não titulares do poder que temporariamente exercem em nome do povo; e de que devem apresentar decência e correção de agir compatíveis com a importância do *munus* que desempenham. Por parte do intérprete, consciência de que a norma, conquanto delineada em harmonia com o texto, não pode descurar do contexto e da base de valores que lhe dá sustentação. ❖

Intervenção Social Heterônoma da União Federal em Serviços Públicos Estaduais e Municipais. Instituição de Gratuidades no Transporte Público de Passageiros*

Flávio de Araújo Willeman

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito, Professor da Universidade Candido Mendes e dos Cursos de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO, da Universidade Federal Fluminense – UFF, da EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP.

A Constituição Federal de 1988 previu no artigo 175 que ao Poder Público incumbe, diretamente, ou mediante concessão e/ou permissão, a prestação de serviços públicos.

As competências para a prestação dos diversos serviços públicos encontram-se, como regra, inseridas na Constituição Federal de 1988, na medida em que, convencionalmente, pode-se conceituar o serviço público como atividade que foi retirada, pela Constituição ou pela lei, do

* Palestra no “VI Seminário – Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo” – Org. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – Hotel Portobello – Angra dos Reis. Realizado em 24/09/2010.

regime de total liberdade de iniciativa para inseri-la em um regime total ou parcialmente de direito público.¹

No que diz respeito ao **serviço público de transporte**, a CRFB/88 estabeleceu expressamente competências para a União Federal e para os Municípios, respectivamente no artigo 21, inciso XII, alíneas “d” e “e”, e no artigo 30, inciso V:

“Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

d) os **serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;**

e) os **serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional** de passageiros;

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

V - **organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;**”

No que toca à competência dos Estados, a CRFB/88 foi silente – *excetuando o serviço público de fornecimento de gás canalizado* –, atribuindo a tais entes federativos competência residual, isto é, competência para atuações em todas as áreas que não lhe foram vedadas pela Carta Política. Esta a regra que ecoa do artigo 25, § 1º, da CRFB/88:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - **São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.**”

As constituições estaduais, entretanto, não ficam impedidas de estabelecerem as competências dos Estados da federação, desde que não

1 Por todos os doutrinadores pátrios, traz-se à colação o conceito clássico de serviço público cunhado por Hely Lopes Meirelles, para quem o “*Serviço público* é todo aquele prestado pela Administração Pública ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”. In: **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 285.

colidam com às da União e dos Municípios. A propósito, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, utilizando-se da competência residual atribuída aos Estados pela CRFB/88, previu no artigo 242 que é competência do Estado do Rio de Janeiro prestar diretamente, ou mediante regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de **INTERESSE ESTADUAL, METROPOLITANO OU MICRORREGIONAL, INCLUINDO O DE TRANSPORTE COLETIVO**. Disse mais: **que cabe ao Estado legislar sobre transporte intermunicipal**:

“Art. 242 - Compete ao Estado organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **os serviços públicos de interesse estadual, metropolitano ou microrregional, incluído o de transporte coletivo**, que tem caráter essencial.

§ 1º - Compete ao Estado legislar sobre o sistema de transportes intermunicipal, bem como sobre os demais modos de transportes de sua competência, estabelecidos em lei.”

A Carta Política do Estado do Rio de Janeiro, no artigo 243, em sintonia com a Constituição Federal, previu ainda que compete aos Municípios a prestação de serviços públicos de interesse local, inclusive o **transporte coletivo**.

“Art. 243 - Compete ao município organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial como no artigo 30, V, da Constituição da República”

A importância de se definir as competências legislativas para dispor sobre serviços públicos ganha relevo na medida em que consequência imanente à titularidade do serviço é a atribuição de competência ao ente político (União, Estados e/ou Distrito Federal e Municípios) para sua **regulação**².

2 Importantes são os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto para a compreensão do conceito de função regulatória: “Cabe aqui, traçar conceptualmente o desenho das instituições jurídicas que passaram a desempenhar no Direito Administrativo contemporâneo essas funções homeostáticas com certos setores críticos da convivência, social e econômica, de modo a proporcionarem o máximo de eficiência na solução de problemas, aliando, na dosagem necessária para cada hipótese, as vantagens da flexibilidade negocial privada com o rigor da coercitividade estatal.

A essa atividade dos subsistemas de harmonização é que se denomina de função reguladora, uma expressão que não obstante o étimo, que a aproxima da voz vernácula regra, é, na verdade, um híbrido de atribuições de variada natureza: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras.

Por **regulação do serviço público** se deve entender o exercício de atividades que irão determinar a **modelagem**³ da prestação do serviço à sociedade, notadamente para definir se isto acontecerá de forma centralizada ou descentralizada (para Administração Pública Indireta ou para particulares), os critérios técnicos para a fixação de tarifas módicas e de universalização, prazo de eventual contrato de concessão/permissão etc..

Necessário registrar, para o desenvolvimento deste trabalho, que **no conceito de regulação do serviço público está incluída a competência para editar normas que digam respeito à concessão de benefícios sociais, dentre eles a concessão de gratuidades, bem assim sobre a recomposição do equilíbrio econômico e financeiro deles decorrentes**. Isto porque, ordinariamente, a instituição de benefícios sociais em serviços públicos já concedidos, não previstos no momento da delegação ao parceiro particular e que gerem prejuízo real e efetivo, deve ser objeto de indenização ao concessionário, já que pode proporcionar desequilíbrio da equação econômico-financeira originalmente pactuada.

Discussão interessante diz respeito à atuação legislativa privativa ou concorrente da União Federal em matéria de direitos sociais, notadamente para a proteção de minorias, idosos, estudantes e portadores de deficiência física, e que impactam na regulação dos serviços públicos estaduais e municipais. É preciso encontrar o ponto ideal de interseção entre o exercício das competências legislativas da União Federal e das competências regulatórias dos demais entes da federação para tratar dos seus serviços públicos, de modo que uma não aniquile e/ou prejudique a outra, bem assim para não violar o postulado do pacto federativo previsto no artigo 1º da CRFB/88.

Esse complexo de funções vai cometido a um único órgão regulador, para que este defina especificamente o interesse que deverá prevalecer e ser satisfeito nas relações sujeitas à regulação.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003 p. 107.

3 A noção de modelagem para a prestação do serviço público é fornecida por Marçal Justen Filho: “(...) tem de reconhecer-se que a modelagem da concessão reflete uma opção de natureza regulatória. Trata-se de selecionar entre diversas alternativas – não apenas entre prestação do serviço pela própria Administração ou por delegação à iniciativa privada. Existem inúmeras opções distintas a propósito da concessão, que se relacionam à dimensão dos encargos impostos ao particular, ao modo de sua remuneração, ao prazo da outorga. As escolhas consagradas pelo poder concedente produzirão efeitos significativos no tocante aos efeitos não apenas jurídicos, mas também econômicos da delegação. Dito de outro modo, as opções realizadas pelo poder concedente não serão economicamente neutras, mas afetarão diretamente os usuários e indiretamente inúmeras outras atividades. Sendo assim, é absolutamente injustificável que o poder concedente deixe de tomar em vista a instrumentalidade da concessão em face de suas políticas públicas. Não se concebe como constitucionalmente satisfatória a omissão ou desconhecimento pelo poder concedente às decorrências das decisões adotadas no âmbito regulatório. Pode qualificar-se como padecendo de desvio de finalidade a decisão adotada pelo poder concedente que deixe de avaliar adequadamente os efeitos previsíveis da modelagem adotada para uma certa concessão.” In **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 197.

Exemplo do que aqui se discute diz respeito ao direito dos idosos de serem transportados gratuitamente em coletivos públicos urbanos e semiurbanos. Cuida-se de direito constitucionalmente garantido no artigo 230, § 2º, da CRFB/88⁴ (e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, no artigo 245 da Constituição Estadual - CERJ/89⁵), bem assim no artigo 39⁶ da Lei Federal (ou seria Lei Nacional ?) nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Duas questões, penso, merecem reflexão a partir dos dispositivos constitucionais e legal acima mencionados.

Não fosse a regra do artigo 230, § 2º, da CRFB/88, seria o artigo 39 do Estatuto do Idoso constitucional? Estaria ele, ao dispor sobre gratuidade de idosos em todos os serviços públicos de transporte estaduais e municipais, conferindo uma espécie de “isenção heterônoma”⁷ por parte da União Federal em atividades delegadas dos demais entes da federação sem estabelecimento de fonte de custeio? Estaria esta atuação interventiva heterônoma da União Federal consentânea com os postulados do pacto federativo e da separação de poderes?

Pode o Estatuto do Idoso, como o fez no artigo 39, § 2º, estabelecer as regras para fruição do direito à gratuidade, mesmo que contrárias às normas regulatórias dos entes públicos titulares dos serviços públicos de transporte?

As questões devem ser tratadas e respondidas separadamente.

No que diz respeito ao direito do idoso, maior de 65 anos, de ser transportado gratuitamente, tem ele fonte constitucional no artigo 230, § 2º, conforme acima mencionado, e também no Estatuto do Idoso (artigo 39), que não estabeleceram regras para reequilíbrio econômico e financeiro de contratos de concessão de transportes públicos estaduais e municipais. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da **ADI 3768-DF**,

4 “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

(...)

§ 2º - **Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.**”

5 Art. 245 - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade nos transportes coletivos urbanos e intermunicipais.

6 Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

§ 1º Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade.

7 Nas palavras de Hugo de Brito Machado, isenção heterônoma, para o direito tributário, é aquela concedida por lei de pessoa jurídica diversa daquela que é titular da competência para instituir e cobrar o tributo a que se refere. *In Curso de Direito Tributário*. São Paulo. Editora Malheiros, 2007, 28ª edição, p.257.

entendeu que a ausência de previsão de fonte de custeio na Lei Federal nº 10.741/2003 não impede a imediata fruição do benefício do transporte gratuito por parte dos idosos, na medida em que se trata de direito previsto na Constituição Federal e, por isso, tem aplicação direta e imediata a contratos celebrados antes e posteriormente à Carta de 1988. Eventuais discussões de ordem econômica, como reequilíbrio financeiro dos contratos de concessão, devem ser considerados em sede própria entre o poder concedente e os concessionários. Confira-se a ementa do acórdão referido:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto.

2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. (ADI nº 3768/DF – Rel. Ministra Carmen Lucia Antunes Rocha – pub. DJU 26/10/2007)

Importante transcrever parte do voto da Ministra Relatora **CARMEM LUCIA ANTUNES ROCHA**, donde se extrai o fundamento constitucional para validar a norma do artigo 39 do Estatuto do Idoso, bem assim a possibilidade de ressarcimento pelas empresas concessionárias frente aos entes públicos titulares dos serviços, na hipótese de rompimento do equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão com prejuízos reais e comprovados advindos da instituição da gratuidade.

“(…)

10. A alegação de inconstitucionalidade do art. 39 da Lei n. 10.741/03, com o que não se poderia exigir o direito cons-

titucional do **idoso** sem se dar forma à assunção dos deveres financeiros pelo poder público concedente (que, no caso dos transportes coletivos municipais é o ente local) não se resolve pela declaração de inconstitucionalidade da norma contida naquele diploma legal. Não se comprova a alegada nódoa de inconstitucionalidade a macular aquela norma. Põe-se ela em perfeita conformidade com o quanto estabelecido constitucionalmente. Tem razão, nesse passo, o Advogado-Geral da União ao afirmar que a pretensão da Autora acaba não passa, no fundo, de ser senão a de declarar inconstitucional o § 2º do art. 230 da própria Constituição, o que não é possível. Como objeto de contratos de concessão, conforme já assentado na doutrina, sabe-se que a prestação de serviço público de transporte atribuída pelo Estado ao particular, que deve prestá-lo em nome próprio e por sua conta e risco e, para tanto, deve cumprir as condições fixadas pelo Poder Público, há de obedecer ao princípio da juridicidade. Ora, o sistema jurídico fundamental vigente estampa o direito do idoso ao transporte coletivo gratuito. 11. O investimento e os gastos oriundos da prestação dos serviços públicos de transporte coletivo, delegado pelo ente público ao particular, haverão de ser calculados e haverão de ser definidos na relação delegante-delegado, sem que tanto seja traspassado ao particular, menos ainda àquele que, por força da norma constitucional (art. 230, § 2o) e infraconstitucional (art. 39 da Lei n. 10.741/2003), haverá de fruir gratuitamente do serviço. 12. Imprópria juridicamente é a assertiva de que não se poderia exercer aquele direito constitucional do idoso antes que se fixasse, contratualmente (entre o ente delegante e a empresa delegada), a forma de assunção dos ônus financeiros pelo ente público. Ao reconhecimento de que o Estado pode alterar, unilateralmente, as condições fixadas para os contratos de concessão e permissão, tem-se, de um lado, que o particular tem a garantia da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, de outro, que as normas constitucionais devem ser cumpridas. Compete ao contratado particular comprovar perante o ente contratan-

te a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em quanto, como e por que, para que seja refeito se for o caso e segundo dados específicos. A constitucionalidade da garantia não ficará comprometida, em qualquer caso, pois o idoso tem, estampado na Constituição, o direito ao transporte coletivo urbano gratuito. **Quem assume o ônus financeiro não é questão que se resolve pela inconstitucionalidade da norma que repete o quanto constitucionalmente garantido.** Isso bastaria para aniquilar o argumento da Autora, segundo o qual a exigência de cumprimento do direito dos idosos à gratuidade dos transportes estaria a romper com o equilíbrio econômico-financeiro. A argumentação da Autora, nesse ponto, há de ser tida como perversa. **Os idosos não são em número suficiente para aniquilar os ganhos dos empresários. De outra parte, não há direito adquirido a se contrapor a direitos previstos constitucionalmente, como os que se referem aos idosos. Logo, mesmo nos contratos de concessão ou permissão assinados antes da promulgação da Constituição, em repeito à garantia de equilíbrio, o máximo que poderiam requerer os delegados dos serviços de transporte municipal e intermunicipal seria da alteração dos contratos para cobrir-se, financeiramente, com os ônus comprovados em planilha sobre o uso dos transportes delegados pelos idosos. Teriam, para tanto, de provar quantos e em que condições aqueles serviços onerariam os seus contratos.** De novo, a espécie não estaria a contemplar inconstitucionalidade do art. 39 da Lei n. 10.741/2003, senão que a forma de implementar o quanto nela posto. Ademais, após a promulgação da Constituição da República, todos os concessionários e permissionários estão submetidos às suas normas, não podendo, desde então, alegar que não sabiam do direito dos idosos ao transporte coletivo gratuito. Mais ainda, os custos advindos da gratuidade fazem parte de estudos de viabilidade do negócio assumido pelo particular e estão incluídos entre os custos do serviço, os quais são tidos, como ponderado pelo Advogado-Geral da União, “como fator importante na fixação da política tarifária, os aspectos econômicos atinentes

à efetivação de tal direito.” (fl. 158) Conforme lembrado no Parecer do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, “qualquer cidadão sabe que, independentemente da quantidade de pessoas que utilizam o transporte público, ele deverá ser prestado em horários pré-determinados pela Administração. O custo desta operacionalização é estável. O que se quer demonstrar é que a empresa não tem um custo maior por estar transportando pessoas idosas. O transporte encontra-se ali, disponível, com o custo já estabelecido.” **Logo, a compensação pela gratuidade de transporte coletivo urbano aos idosos, pleiteada pela Autora, que não encontra previsão na Constituição da República, só é admitida quando ficar provado que houve “(...) prejuízo real para as empresas de transporte público em regime de concessão ou permissão, um desequilíbrio extraordinário e inesperado.” (fl. 142).** O que patentemente não ocorreu, haja vista ser praxe, entre concessionários e permissionários, a previsão dos custos e dos lucros, não se podendo dizer da existência de qualquer desequilíbrio econômico-financeiro causado pela norma do art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que, repete-se, não criou exigência nova alguma no ordenamento jurídico brasileiro. (...).”⁸

Indagação pertinente é aquela que busca saber se é possível à legislação federal, a pretexto de legislar sobre algum direito social **genérico** previsto na Constituição Federal (ex.: educação), estabelecer gratuidades em serviços públicos concedidos estaduais e municipais, acarretando ônus financeiro imediato às concessionárias e obrigação, eventual, para o poder concedente de restabelecer desequilíbrio econômico e financeiro do contrato. Em uma única proposição: pode a União Federal, por meio de **intervenção social heterônoma**, conceder benefício social em matéria de concessão de serviços públicos estaduais e municipais com o “chapéu alheio”?

8 Ficou parcialmente vencido o Ministro Marco Aurélio Melo, que se posicionou favoravelmente à constitucionalidade do artigo 39 do Estatuto do Idoso, mas limitou a discricionariedade do Poder Público para proceder ao eventual reequilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão. Sustentou o referido Ministro que o reequilíbrio, se necessário, não poderia acontecer com a majoração do valor da tarifa cobrada dos usuários, vez que a benesse social está prevista no § 2º do artigo 230 da CRFB/88 que, em sua cabeça, aduz ser a proteção do idoso obrigação da família, do Estado e da sociedade, e não dos usuários específicos do serviço público de transporte objeto da intervenção social que garantiu a gratuidade. Com isso, o Ministro Marco Aurélio entende que o Estado e/ou a sociedade devem arcar com este ônus cobrando os valores necessários de todos os cidadãos (via pagamento de impostos) e não impoando aos usuários do serviço o mencionado ônus financeiro.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da **ADI nº 1.950-SP**, em que foi Relator o Ministro **EROS GRAU**, entendeu **constitucional** a intervenção do Estado na ordem econômica (em sentido estrito) para garantir a estudantes matriculados na rede pública de ensino o pagamento do valor de meia entrada em cinemas, teatros e casas de espetáculo, sob o fundamento de que as atividades econômicas têm como princípio vetor a liberdade de iniciativa, mas devem se sujeitar à intervenção estatal que vise a desenvolver e fomentar o esporte, a cultura e o lazer.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da **ADI n. 3512-DF**, voltou a validar a intervenção social em serviço público concedido, na medida em que assegurou ser legítima a instituição de gratuidade no serviço público de transporte para pessoas que, ordinariamente, doam sangue. Confira-se:

“Meia Entrada e Doadores de Sangue

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Espírito Santo contra a Lei estadual 7.735/2004, promulgada pela Assembléia Legislativa, que institui a meia entrada para doadores regulares de sangue em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas entidades e pelos órgãos das Administrações Direta e Indireta do Estado. Entendeu-se que se trata, no caso, de norma de intervenção do Estado por indução, que visa tão-só ao incentivo à doação de sangue, conferindo um benefício àquele que adira às suas prescrições. Vencido o Min. Marco Aurélio que julgava o pleito procedente por considerar que a norma impugnada consiste em uma forma de remunerar a doação de sangue. (ADI 3512/ES, rel. Min. Eros Grau, julg. 15.2.2006.)

Importante registrar que o STF, nos julgamentos acima, placitou a constitucionalidade da intervenção social por parte do Estado em atividades econômicas em sentido estrito, escudada no desejo de promover um fim social, **cujos agentes de mercado podem estabelecer preços diferenciados e ou promoções que compensem eventuais perdas financeiras a partir da gratuidade instituída.**

Diferente hipótese, a meu sentir, seria a instituição de gratuidades pela União Federal em serviços públicos estaduais e municipais concedidos,

e que tiveram, no momento da delegação, o estabelecimento de regras econômicas e financeiras que representaram o equilíbrio econômico e financeiro do ajuste. Em assim acontecendo e desde que observada a competência legislativa para a matéria, penso que as empresas concessionárias terão de acatar com as consequências decorrentes da intervenção “heterônoma” da União Federal, mas poderão buscar junto ao poder concedente, baseado na **teoria do fato do príncipe**⁹, o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão, sobretudo se a hipótese ocorrer no Estado do Rio de Janeiro, onde vigora a regra do artigo 112, § 2º, da CERJ/89¹⁰ - *que exige fonte de custeio para toda e qualquer gratuidade conferida em serviço público estadual concedido* -, declarado constitucional pelo STF quando do julgamento da **ADI nº 3225/RJ**. Restará ao ente público titular do serviço (Estado ou Município) manter entendimentos políticos com a União Federal para criar mecanismos de colaboração financeira face à obrigação social constitucional implementada.

Destaque-se que, diferentemente do setor privado, a empresa concessionária de serviço público não pode, por livre e espontânea vontade, desenvolver mecanismos ou práticas comerciais para compensar perdas decorrentes de intervenções sociais, sobretudo às decorrentes de gratuidades instituídas após a celebração do ajuste inicial entre concedente e o concessionário. Necessário lembrar que o valor da tarifa decorre de critérios técnicos definidos no momento da licitação para delegação do serviço e, posteriormente, sua majoração depende de prévia manifestação formal do poder concedente ou da agência reguladora competente¹¹.

9 Confira-se a noção de fato do príncipe nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello: “Agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença. É o chamado ‘fato do príncipe’, tomada a expressão com o âmbito específico a que se reporta Francis-Paul Benoit, ao dizer: ‘Convém entender por ‘fato do príncipe’ os atos jurídicos e operações materiais, tendo repercussão sobre o contrato, e que foram efetuados pela coletividade que celebrou o contrato, mas agindo em qualidade diversa da de contratante.’. O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrossim, não representa o uso de competência extraída da qualidade jurídica do contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o mero uso de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular.”. **In Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005, pags. 605-606.

10 “Art. 112 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

§ 2º - Não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da fonte de custeio.

11 Nesse sentido, confira-se o artigo 9º da Lei Federal n. 8987/95:

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

Diga-se mais; a se admitir a *intervenção regulatória heterônoma e social* da União Federal em serviços públicos estaduais e municipais, para instituição de gratuidades, sem a possibilidade de a empresa concessionária se ressarcir desse custo não previsto no momento da celebração do ajuste, violados estarão os postulados do **pacto federativo** e da **separação de poderes**, bem assim as regras protetivas do **ato jurídico perfeito** (contrato de concessão) e do **direito adquirido**, mormente de manutenção do equilíbrio econômico e financeiro originalmente pactuado entre concedente e concessionário.

- Intervenção Regulatória Heterônoma para Fruição de Gratuidades em Serviços Públicos Estaduais e Municipais.

No que diz respeito à segunda proposição acima alvitrada, isto é, se é possível uma lei federal, tal qual o fez o Estatuto do Idoso no artigo 39, § 2º, **estabelecer as regras para fruição do direito à gratuidade em serviços públicos**, mesmo que contrárias às normas regulatórias dos entes públicos titulares dos serviços públicos de transporte, temos que a resposta merece ponderação entre os valores envolvidos, para que deles se extraia razoável interpretação que as compatibilize e que não se vulnere os **postulados do pacto federativo e da separação de poderes**.

A hipótese anteriormente mencionada é real e retrata a realidade de muitos Estados e Municípios brasileiros, na medida em que o Estatuto do Idoso admite, no § 2º do artigo 39, que qualquer cidadão com idade superior a 65 anos utilize gratuitamente o transporte público, bastando, para tanto, a comprovação da idade **com qualquer documento**.

No Estado do Rio de Janeiro há regra regulatória em sentido diametralmente contrário, na medida em que o controle da concessão do benefício social da isenção do pagamento das tarifas foi instituído pela Lei Estadual nº 4.291, de 22 de março de 2004, que, nos artigos 6º, § 1º e 9º, estabeleceu os requisitos para a fruição do direito do idoso, exigindo, para tanto, que seja ele portador de um cartão magnético que o identifique e que permita a contabilização das vezes em que efetivamente se utilizou da gratuidade.

Há uma explicação regulatória importante para justificar a existência dos dispositivos legais acima referidos, sobretudo no Estado do Rio de Janeiro. É preciso criar mecanismos técnicos hábeis para o cumprimento efetivo e eficiente da regra do artigo 112, § 2º, da Constituição do Estado

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

do Rio de Janeiro de 1989, que exige do Poder Público o custeio de gratuidades instituídas para serviços públicos concedidos.

Conforme se percebe, o Estado do Rio de Janeiro, visando a regular e regulamentar o exercício legítimo do direito do cidadão acima de 65 anos de idade de utilizar o serviço público de transporte, bem assim a compatibilizá-lo com a regra do artigo 112, § 2º, da CERJ/89, estabeleceu o sistema de bilhetagem eletrônica para tentar impedir eventuais fraudes em processos administrativos revisionais de concessão e ou de permissão de serviço público, impossibilitando que empresas concessionárias eventualmente possam vir a ser lesadas e/ou o poder público acabe pagando por mais gratuidades do que as que foram efetivamente utilizadas pelos idosos.

A meu sentir, desde que razoável (como me parece se afigurar a regulação do Estado do Rio de Janeiro) e que não impeça o fácil acesso dos idosos ao sistema de gratuidades (por exemplo: não poderá o ente titular do serviço cobrar pelo cartão eletrônico e/ou limitar a sua utilização pelo idoso), creio ser constitucional o exercício da competência regulatória pelos titulares do serviço, merecendo ser afastada a regra do parágrafo segundo do artigo 39 do Estatuto do Idoso, por ser norma federal aplicável apenas à União Federal e não aos Estados e Municípios, exatamente para se manter a intangibilidade dos ***postulados da separação de poderes e do pacto federativo***.

Importante registrar que a Presidência do Superior Tribunal de Justiça, quando da análise da **SLS n. 001070-RJ**, entendeu plenamente compatível com o ***pacto federativo*** e com a *separação de poderes* a regulação local de serviços públicos concedidos para racionalizar o sistema de gratuidades, afastando, na espécie, a regra do parágrafo segundo do artigo 39 do Estatuto do Idoso. Confira-se:

“Decido.

Os elementos contidos nos autos revelam a possibilidade de lesão à ordem e à economia públicas.

Com efeito, a determinação do acórdão recorrido, que amplia a decisão de primeiro grau antecipatória dos efeitos da tutela para permitir o ingresso dos idosos nos veículos de transporte coletivo rodoviário sem o porte do cartão RIO-CARD e para estender tais efeitos aos ônibus e microônibus

especiais, esbarra frontalmente na administração e controle do transporte público de passageiros, que são exercidos pelo Estado.

A implantação da bilhetagem eletrônica, de outra parte, não representa, por si, desrespeito aos idosos ou afronta aos seus sagrados direitos. Ao contrário, **o mecanismo, na medida em que permite a racionalização do sistema, evita fraude e assegura a fiscalização do transporte, podendo vir a assegurar a utilização do transporte coletivo de forma segura pelas pessoas idosas** e também pela população do município em geral.

Penso, assim, que os argumentos trazidos nesta medida excepcional são suficientes para justificar o deferimento do pedido e a restauração dos efeitos da decisão de primeiro grau.

Diante disto, determino a suspensão do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos do Agravo de Instrumento n. 2008.00237993.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 02 de julho de 2009.

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA”

Dessa forma, tenho que o artigo 39, § 2º, da Lei Federal n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) constitui norma aplicável ao serviço público de transporte federal, sendo plenamente possível e legítimo aos demais entes da federação, quando da regulação dos seus serviços de transportes, estabelecer mecanismos técnicos e tecnológicos hábeis para a sistematização do regime de gratuidades, desde que razoáveis e que não inibam, ainda que minimamente, o cidadão idoso do exercício efetivo do direito à gratuidade, expressão real da cidadania.

CONCLUSÃO

Sem a pretensão de ter esgotado os temas objeto deste ensaio, concluo perfilhando entendimento de que é possível à União Federal, no exercício de uma competência constitucional para regular direito fundamental, intervir em serviços públicos estaduais e municipais para garantir

benefícios sociais (gratuidades) aos cidadãos. Todavia, poderão as empresas concessionárias pleitear junto ao Poder Concedente a recomposição de eventual desequilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão.

Ato contínuo, será do ente público titular do serviço objeto da intervenção social heterônoma realizada pela União Federal a competência para regular o modo de fruição da gratuidade, não lhe sendo possível, porém, criar embaraços ou exigências irrazoáveis que acabem por afugentar os beneficiários do direito constitucional ou legal que lhes foi garantido.❖

Comportamento do Oficial de Protesto diante do Possível Abuso do Requerente. Comodismo ou Combate?

João Bosco Cascardo de Gouvêa

Juiz de Direito em Minas Gerais e no Rio de Janeiro, onde se aposentou. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da UFMG. Advogado, Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Subseção de Juiz de Fora.

INTRODUÇÃO

Crédito é o oxigênio indispensável ao exercício da atividade econômica.

Gide e Stuart Mill, nesta ordem, conceituaram-no como alargamento da troca – A troca no tempo, em lugar de ser no espaço, e permissão para se utilizar o capital alheio, (Stuart *et al*, *apud* Requião, 1995: 1:289/290).

É pressuposto inarredável para o comprador adquirir bens a prazo, quando sem condições de pronto pagamento do respectivo preço em dinheiro. Aí, na hipótese da compra e venda pura e simples, receberá os objetos imediatamente, podendo usá-los como proprietário e possuidor, sem que haja a imediata contraprestação. Do contrário, irá tê-los temporariamente apenas como possuidor direto, nas chamadas vendas condicionais. Destas são exemplos as garantidas com reserva de domínio e de alienação fiduciária, em que, somente no final, depois de satisfeitas as condições, tornar-se-á proprietário pleno e definitivo dos objetos comprados.

Disse-nos Cesare Vivante:

O crédito chegou a ser na economia moderna um objeto de comércio, um valor patrimonial suscetível de troca, e se retro-

cederia no processo histórico, que produziu esse resultado, se se devolvesse aos contratantes a faculdade de vincular o crédito à pessoa do credor.

A ilusão de que o crédito multiplica o capital se deve, precisamente, à criação dos títulos de crédito. Não fossem estes e o capital emprestado, saindo das mãos do mutuante, não seria mais suscetível de mobilização (Vivante, apud Requião, 1995, 2/290).

1 - DO TÍTULO DE CRÉDITO

É inimaginável a ausência de disponibilidade do crédito na vida de todos nós. Para estímulo da sua oferta, concebeu-se o título como o seu corpo, o documento necessário ao exercício do direito literal nele mencionado. Feito, principalmente, para circular, a isso agregou-se a autonomia das relações cambiárias, considerando-se como originárias as sucessivas aquisições da sua titularidade. Dotado de um sobrevalor como documento, mais uma qualidade lhe foi adicionada: a de permitir a sua exequibilidade, gerando uma presunção *iuris tantum* de verdadeiro ativo do credor, só elidível mediante prova desconstitutiva, a cargo do devedor. Sua cobrança não impede a defesa, o contraditório, porém desloca o seu exercício para os Embargos à Execução, verdadeira ação incidental, com inversão do ônus da prova.

Não o desfigura a ausência de circulação. Aí, porém, a parte mais importante do seu valor potencial ficará inexplorada: a de verdadeiro promotor da circulação do capital. Não se propagando, deixará de oxigenar o mercado, frustrando-se o ideal da sua gênese: a mobilização da riqueza, tão milagrosa a ponto de sugerir a multiplicação do capital. Esse efeito será ilusório, todavia benéfico no sentido de todos o desfrutarem por algum tempo.

Reafirmando:

“A ilusão de que o crédito multiplica o capital se deve precisamente à criação dos títulos de crédito. Não fossem estes e o capital emprestado, saindo das mãos do mutuante, não seria mais suscetível de mobilização” (Ferri, apud Requião, 1995, 2/290).

Sem circular, mesmo assim não perderá a sua força executiva; aí,

porém, subsistirá apenas como um documento confessório de dívida, contudo, mantendo a sua exequibilidade.

Por isso, esta lição de Giuseppe Ferri:

“Só a efetiva circulação acarreta o surgimento dos problemas característicos dos títulos de crédito e a aplicação das normas com eles relacionadas” (Ferri, apud Fuhrer, 2006:99).

Vê-se, pois, que a aplicação das regras cambiais pressupõe não apenas a simples circulabilidade, mas a circulação efetiva.

Assim, quando o título de crédito, embora destinado à circulação, permanece nas mãos do portador originário, não encontram aplicação os princípios dos títulos de crédito; a cártula, nessa hipótese, funciona como um documento comum de legitimação, salvo os efeitos particulares que possam derivar de sua eventual qualidade de título executivo.

Só mesmo a circulação acarreta o surgimento dos problemas característicos dos títulos de crédito e a aplicação das normas com eles relacionadas.

O rigor cambiário e a inoponibilidade de exceções foram concebidos para o estímulo e segurança da sua circulação. Quanto mais curso tiver, maior será a movimentação da riqueza, aí protegida pelo número superior de devedores solidários. Ao “mudar de mãos”, o novo credor, se de boa-fé, irá adquiri-lo de modo originário, e não derivado; livre, portanto, de todas as objeções que os seus antecessores pudessem lhe opor com base nas relações fundamentais; por isso, lhe serão estranhas. O alheio é inoponível ao terceiro – *res inter alios acta nec nocet nec prodest*. Destarte, o endossatário ficará imune às exceções ou defesas que os devedores anteriores pudessem opor àqueles aos quais se ligaram na cadeia de negócios contratuais. Somente quem lho endossou em consequência de uma nova causa, esta comum e subjacente, relativa apenas a eles dois, é que lhe poderá oferecer rejeições com base nesse negócio que fizeram e que provocou o endosso do título. Os demais coobrigados simplesmente serão seus devedores, e não mais que isso.

2 - DO PROTESTO CAMBIAL

Segundo Rubens Requião,

Entre os juristas brasileiros, Paulo Maria de Lacerda coloca o problema doutrinário com exatidão, ao explicar que “o pro-

testo documenta, de modo solene e autêntico, a exata observância dos preceitos legais para o exercício dos direitos cambiários”. Mas acresce, em seguida, que “o protesto é essencialmente um documento probatório, muitas vezes único e necessário. Não cria, pois, e nem, propriamente, conserva direitos. Em se tratando mesmo do direito regressivo que decai por falta de protesto, não tem verdadeiramente virtude criadora nem conservadora dele; senão apenas forma de documentação solene, autêntica e especialíssima da apresentação da cambial para aceite ou pagamento” (Requião, 1977:329).

Ainda no dizer de Rubens Requião, o autor do projeto da lei brasileira de 1908, o insigne Saraiva, em sua obra clássica “A Cambial”, ensina que

“o protesto é o ato público e solene exigido por esta lei para a completa garantia do exercício do direito regressivo do credor, porque estabelece a prova de observância oportuna de determinadas formalidades e diligências”. (Requião, 1977:329).

José Maria Whitaker deixou-nos a seguinte posição:

“146 – Protesto é o ato oficial pelo qual se prova a não realização da promessa contida na letra”.

Na vertigem da vida moderna, que tudo sacrifica à celeridade, o protesto parece, à primeira vista, exigência arcaica e dispensável, sobrevivência supersticiosa de um período de exagerado formalismo.

Há, entretanto, interesse real em se fixar de modo incontestável o momento em que a letra se transforma de coisa móvel em crédito exigível. Compreende-se, em rigor, a inutilidade de fazê-lo em face do aceitante, isto é, daquele que diretamente prometeu realizar, e não realizou, o valor que a letra representa; mas não se pode negar aos outros signatários o direito de se certificarem se esse valor foi efetivamente reclamado no dia e lugar designados, ou se só não foi recebido em virtude de negligência do portador, ou da confiança que ele depositara no devedor principal.” (WHITAKER, 1950:195/196).

Para Magarinos Torres

“Quanto à sua natureza, é de assentar-se que o protesto de que trata a Lei 2.044, de 1908, não cria direitos; apenas documenta a apresentação e o vencimento”. (Torres, 1921:335, nota de rodapé)

Certa vez, uma pessoa executou uma nota promissória que não circulava. Sempre fora a sua única credora. Todavia, seu advogado esqueceu-se de completá-la com o nome da sua constituinte. Faltava-lhe, por isso, um requisito essencial, ainda de possível lançamento na cártula, mas somente até o momento de protestá-la ou, então, de aforar a sua cobrança (Súmula 387 do STF). Disso se aproveitou o executado para interpor Embargos à Execução, limitando-se, porém, a alegar a sua carência da medida judicial por falta de título válido. Não ofereceu nenhuma resistência ligada ao negócio subjacente, pois confessou, tacitamente, a existência da dívida, do seu *quantum* e de estar em mora. Seu ataque constituía unicamente defesa protelatória, porque inegável a possibilidade de o credor executá-la em outro processo. Antes de ocorrer a prescrição, bastaria que obtivesse o seu desentranhamento dos autos e suprisse tal falha, aí podendo dar início ao segundo e necessário processo. A sentença nos embargos faria apenas coisa julgada formal, como decidiu o Supremo Tribunal Federal.

“Em face dos arts. 75 e 76, combinados com os arts. 10 e 77 (este porque determina a aplicação do anterior às notas Promissórias), da Lei Uniforme, a falta de preenchimento da data de emissão do título lhe acarreta apenas a ineficácia, e não a nulidade. Preenchido, o título se torna eficaz”(RE 86.796:1977).

Contestando os Embargos, o credor tentou sensibilizar a juíza com o ensinamento de Giuseppe Ferri, antes transcrito, acerca da não circulação daquele título. Eram indúvidas as posições dele, como credor, e do devedor, como executado, tanto relativamente ao valor daquele documento como aos demais limites que estabelecia (*quantum* e vencimento já ocorrido).

Ora, o Embargante não negara a dívida para com o Embargado. O valor daquele documento e o fato de estar em mora justificavam a imediata aplicação do princípio da economia processual, com isso resolvendo-se o problema em homenagem à boa-fé do credor. Quando muito, pela apontada falha formal do título, que se deixasse de condenar o Embargante nas

custas e nos honorários advocatícios. Do contrário, seria tratar-se a forma pela forma, ignorando-se o verdadeiro direito de crédito, em um condenável comportamento fetichista. Porventura a defesa procrastinatória não equivale ao recurso meramente protelatório!? Não é isso que se reprova nos arts. 14, 16 e 17 do CPC!? Seria lícito ao demandado oferecer defesa meramente procrastinatória, embora expressamente proibido de agir desse modo na interposição de recursos!? (art. 17, inciso VII) !? *Ubi eadem est ratio, ibi idem ius* – a mesma razão autoriza o mesmo direito. Se o exequente era credor e a dívida já estava vencida, que o executado a liquidasse prontamente, sem tergiversar!

A rejeição daqueles Embargos seria uma decisão equilibrada e, portanto, justa. Todavia, a magistrada não conseguiu enxergar que o rigor cambiário só faz sentido em razão do título que circula, aí por envolver terceiros, pessoas que não contrataram entre si. Adiou, portanto, a prestação jurisdicional de mérito, que logo era possível, empurrando a solução do problema para mais adiante, noutro processo. Com isso, premiou o mau pagador, ignorando a lógica e a citada lição de Giuseppe Ferri. Tal é a razão de sempre se dizer que cada caso é único; ele e as suas circunstâncias. O Direito foi construído para o Homem, em sociedade; não o inverso.

Ou relativizamos o formalismo, naturalmente quando possível, ou não faremos justiça!

A concessão do crédito tem ainda um aspecto curioso. Como envolve risco, ora maior, ora menor, ninguém estaria obrigado a oferecê-lo. Todavia, diante da concorrência leal, portanto lícita, o empresário que não o disponibilizar ficará com as suas mercadorias encalhadas, pois outros irão vender a crédito. Dessa recusa advirão, pela ordem, as crises econômica, financeira e patrimonial. Em outras palavras: como empresário, estará caminhando para a falência.

Com o tempo, o protesto extrajudicial passou a ter função predominante de cobrança, nunca se permitindo o contraditório na via administrativa, apesar de o “devedor” ser convocado a pagar ou a se explicar. Os abusos se multiplicaram e o Código de Processo Civil de 1939 não oferecia uma medida cautelar típica para que o prejudicado pudesse obter a sua sustação. Somente com o tempo a jurisprudência passou a entendê-la disponível como remédio atípico, a partir do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 44.148-PE, de 25 de abril de 1966, Relator o Ministro Victor Nunes Leal.

À época, esse Relator pronunciou-se nestes termos:

Certamente não estou emitindo opinião tranquila entre os doutrinadores e juízes, pois, há pouco mais de dois anos a antiga 1ª Turma do Supremo Tribunal, em acórdão do eminente Ministro Cândido Motta Filho, confirmou decisão de São Paulo, que não admitiu a sustação do protesto pelo depósito do valor do título (RE 52.529, de 9-5-1963, DJ de 18/7/1963, p. 558).

*Peço vênia, porém, para dissentir de tão autorizado entendimento. Os protestos, em geral, e o protesto cambial, em particular, têm sido campo fértil em abusos. Quanto aos primeiros, o C.Pr. Civ., no art. 721, armou o Juiz da faculdade de indeferir os requerimentos emulativos. Escreveu a respeito Pedro Baptista Martins (Comnt. 1/41): “o exercício inconsiderado desse direito (de fazer protestos, interpelações e notificações) pode ocasionar prejuízos tão graves que a simples aplicação dos princípios da responsabilidade não baste para a eliminação dos possíveis abusos. Assim, com relação a essa faculdade, a ação preventiva do Juiz se impõe de maneira imperiosa e indeclinável”. E transcreve, a seguir, acórdão do Tribunal de São Paulo (Rev. Tribs. 80/167) citado por Jorge Americano (**Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda**, p. 48) (Mota, 1971: 230/231).*

Disse-nos João Eunápio Borges:

“É lamentável que de simples meio de prova, oficial e solene, da apresentação da letra e recusa por parte do sacado, do aceite ou do pagamento, o protesto se tenha convertido em meio violento de cobrança ou intimidação, levado a efeito por intermédio do oficial de protesto” (Borges, apud Mota, 1971:462).

A Sustação de Protesto continua sendo medida cautelar atípica no atual Código de Processo Civil - art. 798.

Ora, é curto o prazo para o prejudicado tentar obter essa proteção preventiva, além de lhe exigir representação processual por advogado, com um gasto que muitas vezes não poderá bancar. Aí, praticamente indefeso, o seu não aceite ou não pagamento serão divulgados para todo o

Brasil, e esse protesto lhe fechará todas as portas para um financiamento necessário; proibição absolutamente inaceitável quando realmente nada deve. E, muitas vezes, até o impedirá de empregar-se como meio de sustentar-se e à sua família enquanto esse protesto não for cancelado; um condenado a viver sem crédito!

Pedro Vieira Mota destacou-se ao publicar a *Sustação do Protesto Cambial*, oferecendo-nos uma obra que preencheu grande vazio na literatura jurídica.

Nela fez o seguinte registro:

1- O protesto cambial, um instituto destinado, classicamente, apenas a registrar de maneira certa a falta de aceite ou pagamento dos títulos cambiais, para segurança do mundo comercial, tem sido usado, abusivamente, para ameaçar o comerciante e extorquir aceites e pagamentos, em pura chantagem, (Mota, 1971:7).

2 - O espírito de aventura e ganância identificou na rigidez do instituto do protesto cambial mais uma brecha de nosso Direito Comercial: se é só requerer e o protesto sai, então, basta ameaçar com ele e o comerciante, temendo o abalo do crédito, ajoelha-se e paga. O resultado foi a calamidade que aí está. Cidadãos e empresas são compelidos, sob ameaça de protesto, a aceites ou pagamentos que precisariam discutir e acertar, ou que não devem mesmo de forma alguma, (Mota, 1971:7).

Certa vez, uma pessoa foi negativada pelo não pagamento de dívidas que realmente assumira, mas não pôde pagar. Honesta, vítima do infortúnio, não conseguiu um emprego somente por isso. Ora, como poderia honrar os seus compromissos valendo-se de meios legítimos!? Não se empregou porque não pagou algumas dívidas e não as liquidou por lhe faltarem meios legítimos para tanto, um deles o emprego que lhe foi negado; um verdadeiro círculo vicioso!

Do conjunto de princípios e mecanismos protetores do crédito, nasceu o protesto cambiário ou extrajudicial, inegavelmente, um instituto de grande valor para esse fim.

Relata-nos Rubens Requião que

“o protesto não é um simples meio de prova; ele é um ato cambiário solene, um ato formal constituindo uma condição necessária para a ação de regresso”.

E completa a lição, esclarecendo que o escopo do protesto é o poder de determinar, frente àqueles que participam do vínculo cambiário, que o ato de direito cambiário, que é exigido pela lei, para o nascimento ou para o exercício de um direito derivado do título foi efetuado (Requião, 1977:329).

3 - COMO TEM SIDO UTILIZADO O PROTESTO EXTRAJUDICIAL?

O Jornal ESTADO DE SÃO PAULO (set/2009) destacou a seguinte notícia, que responde a essa indagação.

“Empresas protestam cheques no Rio para fazer cobranças em todo o país”

Soraia Mayorca, uma consultora em Administração de Empresas, moradora em Joinville (SC), nunca visitou Duque de Caxias, no Estado do Rio de Janeiro. Mas soube, em meados de 2007, ter uma letra de câmbio (um título que representa uma dívida) protestada em seu nome no cartório do 2º Tabelionato de Notas, Protesto e Ofícios de Registros Públicos da cidade. Em pouco tempo, descobriu que a empresa Rainbow Holdings do Brasil a emitira a partir de um cheque seu, de 1997, no valor de R\$270,00, dado para pagar uma compra que cancelara, e da qual dera baixa no banco, mas o documento acabou comprado pela empresa.

Foi à Justiça, mas até conseguir limpar o nome, perdeu três ofertas de emprego. “Os advogados da empresa disseram que eu tinha assinado uma letra de câmbio. Eu disse: “Quero que me tragam essa letra; não assinei nada”, diz.

A consultora é um dos milhares de cidadãos de todo o País, que estão tendo letras de câmbio protestadas em cartórios do Rio –por causa de cheques passados, em alguns casos, há até 14 anos – por empresas de cobrança que os compram. Só na comarca da capital fluminense, em 2008 e 2009, na

primeira e segunda instâncias, deram entrada mais de 500 processos contra quatro empresas de cobrança.

Segundo o presidente do Instituto de Estudos de Protesto de Títulos no Brasil (IEPTB), Léo Barros Almada, há cerca de um ano começou a crescer, expressivamente, o número de protestos desse tipo. No Estado, a Corregedoria do Tribunal de Justiça, que fiscaliza os cartórios, entende que as letras de câmbio podem ser protestadas sem que exista o aceite (a assinatura do devedor, que reconhece a obrigação). Há, ainda, convênio do TJ com o IEPTB, de 2005, adiando para o momento do pagamento da dívida a quitação da taxa que, em outros Estados, é paga pelo credor quando apresenta o protesto no cartório, para posterior reembolso pelo devedor. “Na reforma da Lei 9.442, que tramita no Congresso, vamos propor que o não pagamento antecipado dos emolumentos pelo protesto seja levado para todo Brasil”, diz Almada.

A posição do Rio de Janeiro difere da de outros Estados em mais aspectos. Em São Paulo, por exemplo, não são devedores os cidadãos sacados em letras de câmbio sem aceite. Para o secretário-geral da seção fluminense do instituto, Carlos Pentead, o crescimento do número de protestos no Rio deve-se a normas paulistas. “A Corregedoria criou uma impossibilidade de credores protestarem em São Paulo”, diz: “Lá, após um ano, o tabelião decide se protesta”.

Em muitos casos, porém, os cheques não foram devolvidos por falta de fundos. Foi o que aconteceu com a assessora de imprensa Célia Curto, de Brasília. Ela se viu recentemente sem talão bancário, por causa de um cheque de R\$613,58, que passou em 2.003 no Hipermercado Big Limão, que voltou porque a assinatura não foi reconhecida. “Se tivesse sido avisada, teria resgatado o cheque”, diz ela, que foi protestada em Barra do Pirai (RJ). O cheque acabou com a Wal Mart, que o vendeu. Ao tentar resgatar a dívida, transformada em letra de câmbio, descobriu que a Network Assessoria queria lhe cobrar R\$1.800,00. Por lei, cabe ao tabelião apenas verificar se o título está formalmente correto e não verificar a validade do crédito”.

O Jornal O Estado visitou salas onde funcionam três dessas empresas no Rio de Janeiro. Duas ficam na Rua da Assembléia, 10, onde se localizam as sedes do IEPTB-RJ, e de quatro cartórios de títulos de protesto. No 15º andar, na sala 1.521, fica a filial carioca da Rainbow. No 34º, está a Cral Cobrança e Recuperações de Ativos, que consta com telefone na sala 1.521. Nenhuma tinha placa na porta. A Network não tinha nenhuma identificação em sua filial no Rio de Janeiro, na Avenida 13 de Maio, 23, sala 1.634. Já a Prêmio Comércio de Máquinas fica na mesma sede da Alri Organização e Cobrança, no Largo 7 de Setembro, 52/1021, São Paulo, segundo o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica. Na sexta, um homem disse não saber como achar a Prêmio, da qual a Alri seria terceirizada. Os senhores não sabem o telefone da empresa para a qual prestam serviço?, indagou o repórter?“É”, confirmou o funcionário.

Nessa mesma página de “O Estado de São Paulo” publicou-se outra notícia:

“O cheque prescreve, mas o título continua”.

Na raiz das cobranças de letras de câmbio emitidas a partir de cheques prescritos estão leis de interpretação contraditória. Uma é a 7.357/85, que diz que o cheque deve ser apresentado para pagamento, a contar da data de emissão, em trinta dias, quando emitido no lugar onde será pago, e de sessenta dias, quando de outro. Ela também estabelece que a ação de execução prescreve em seis meses a contar do fim do prazo de apresentação e a de enriquecimento, em dois anos. Foi nessa linha a decisão do desembargador Ronaldo Martins, em 31 de julho, para condenar a Rainbow Holdings a pagar R\$ 5.000,00 a uma mulher que a processou por um protesto com mais de seis anos de prescrição.

Mas o secretário-geral do Estudo de Protesto de Títulos do Brasil, seção do Rio de Janeiro (IEPTB-RJ), Carlos Penteado, diz que o saque é “em cima do crédito, não do cheque. O cheque prescreve, mas o crédito continua, imaculado”. E o dire-

tor de operações da FMC, controladora da Rainbow, Eduardo Araújo, diz que a prescrição da dívida só se dá em vinte anos. "O protesto é uma ferramenta de cobrança", afirma ele, que admite que a empresa tem sido muito processada (ESTADO DE SÃO PAULO, set/2009).

São sofistas as colocações do secretário-geral do IEPTB-RJ e do diretor de operações da FMC. O cheque emitido a favor de uma pessoa já nasce com a dívida reconhecida, não dependendo, portanto, de um ato futuro de aceitação pelo correntista. Cada título de crédito tem a sua própria natureza jurídica, inconfundível com a de outro. Como, então, permitir-se à socapa a conversão de um cheque em letra de câmbio!? Nesta última, o protesto por falta de aceite não lhe confere eficácia executiva contra o sacado. O signatário do cheque já admitiu a sua dívida nele mesmo. Como então falar-se em protesto porque o sacado não reconheceu a dívida, quando já o fez anteriormente ao emitir o cheque!?

Embora a Lei Uniforme admita que o sacador da letra de câmbio possa ser também o seu beneficiário ou portador, o "título" não aceito pelo sacado lhe será ineficaz. Não tendo circulado e nem sido aceito, seu vencimento extraordinário provocará a confusão entre o sacador, como devedor indireto, e o portador, seu hipotético credor em regresso. Nessa conjectura, vencida a letra de câmbio, extraordinariamente, extinguir-se-á a efêmera obrigação criada pela mera conveniência e abuso do sacador. Para tanto, não lhe beneficiará a possível condição de cessionário de um cheque prescrito, pois somente na Duplicata admite-se o suprimento do aceite. Destarte, estará querendo descartar-se do ônus do ajuizamento da ação monitória, ou da de locupletamento ilícito, e isso não lhe é permitido.

Observa-se, então, que esse protesto estaria sendo abusivo, por pretender-se um substituto da ação monitória, além de buscar a condenação extrajudicial do sacado, sem a garantia constitucional do direito de defesa. Sim, pois o Oficial de Protesto não tem poder jurisdicional. As razões que o notificado lhe apresentar para o seu comportamento não o tornarão um árbitro. Se a execução prescreveu, mas a dívida da relação fundamental ainda é exigível, o caminho obrigatório do credor será o uso da ação monitória para tentar revigorar o título prescrito, ou a ação de locupletamento ilícito.

Nos casos antes noticiados, parece evidente que esses atos foram praticados por oficiais incompetentes, porque sem atuação nas praças de pagamento desses cheques, locais das residências dos notificados. Se já

se mostra muito trabalhosa a sustação do protesto abusivo, imagine-se, então, a barreira praticamente insuperável que isso constituirá para um notificado desprovido de recursos financeiros e residente muito distante do Cartório, até mesmo em outro Estado, como se tem visto!

Embora e teoricamente o tabelião suscitante de dúvida possa estar convicto do acerto da sua decisão de não praticar um ato do seu ofício sem o prévio atendimento das suas exigências, por que não deverá fazê-lo igualmente em casos sugestivos da prática de comportamentos abusivos!? Afinal, não é um colaborador da Justiça!? Acaso é cego, não enxergando que o caso concreto desperta suspeitas de extorsão mesmo no homem de conhecimento mediano!?

Será que tais “cessões de crédito” foram comprovadamente precedidas da notificação obrigatória do cedido, nos termos do disposto no artigo 290 do Código Civil!? Essa prova acompanha o título!?

Não se esqueçam os Notários da responsabilidade que têm!

A propósito, transcreve-se significativa ementa de um acórdão do TJRJ:

“Tabelião – Responsabilidade em lavratura de escritura que cause prejuízo a terceiro”.

Apesar de se reconhecer o tabelião como servidor público, a parte não é obrigada a dirigir o seu pedido contra o Estado, limitando-se ao tabelião, se o julga solvável. O Tabelião não pode invocar a sua qualidade de funcionário para transferir a responsabilidade ao Estado, porque não tem ação regressiva contra o Estado, mas este é que a tem contra o funcionário.

Se a ação é dirigida diretamente contra o Tabelião, deve ser demonstrado que o serventuário agiu com culpa ou dolo. A responsabilidade objetiva só é atribuída ao Estado”. (Ap. Cível 18.026 – TJRJ/1984:145).

Veja-se, também, o aresto proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial 331.359-MG- em 2 de abril do ano passado - Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar – publicado no volume 805, páginas 206 a 210 da Revista dos Tribunais, com a seguinte ementa:

Duplicata-Instituição Financeira - Título sem causa recebido pelo banco por endosso em operação de desconto – Protesto –

Inadmissibilidade - Responsabilidade civil - Dever de indenizar o dano decorrente, ressalvado seu direito contra o endossante.

Deve ser reconhecida a responsabilidade da instituição bancária que recebe para desconto duplicata sem causa e a leva para protesto contra a pessoa que nenhuma relação tem com a sacadora. Quem assim age, sem verificar suficientemente a legitimidade da operação, corre o risco da sua atividade e deve reparar o prejuízo que causa a terceiros". (REsp. 331.359/2009).

Não se deve esquecer, finalmente, de que a figura do aceite suprido é de existência limitada às Duplicatas, regidas pela Lei 5.474/1968. Não tem cabimento na letra de câmbio, disciplinada pela respectiva Convenção de Genebra.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto e considerando-se a lei em vigor, deve o Oficial de Protesto ter cautela triplicada quando frente a requerimentos de protestos facultativos, recusando-se a efetivá-los diante do menor indício de prática abusiva. Aí, proceda ao levantamento da dúvida administrativa, se requerido pelo apresentante do título, suscitando-a para que o magistrado examine e solucione a pendência, sempre com as luzes da intervenção do *Parquet*. A propósito, valha-se dessa medida prevista no artigo 18 da Lei 9.492/1997, resguardando-se de qualquer responsabilização. Não se omita!

De *lege ferenda*, não se vê por que manter-se o protesto facultativo, notadamente, pela dificuldade apresentada no combate ao seu abuso, tônica em nossos dias. Melhor será a sua supressão. Se vem sendo empregado apenas como meio de cobrança de títulos ineficazes em relação ao notificado, seja por falta da sua aceitação, ou em decorrência da perda da sua executividade, que se a coloque no seu verdadeiro lugar, a lide, na qual unicamente haverá garantia do contraditório. O Protesto foi concebido em favor da proteção do mercado, obviamente na hipótese de circulação do título. Se o crédito nunca mudou de titularidade, não chega a justificar-se a sua efetivação; aí estará havendo um desvio de objetivo. Mesmo os que insistem na sua legitimidade como meio de cobrança não poderão ignorar a "execução do título" como o caminho obrigatório para

quem se afirma seu credor. Para tanto, oportuna é a lição de Pedro Baptista Martins, *apud* Pedro Vieira Mota:

Ao titular de um direito que, entre vários meios de realizá-lo escolhe precisamente o que, sendo o mais danoso para outrem, não é o mais útil para si ou o mais adequado ao espírito da instituição, comete, sem dúvida, um ato abusivo, atentando contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas (Mota, 1971:231)

Não bastasse o peso da lição de Pedro Baptista Martins, esse, o caminho da execução, é o determinado pelo artigo 620 do atual Código de Processo Civil.

Ora, como o Oficial de Protesto não tem jurisdição, o lugar certo e único da cobrança dessa suposta dívida é a via judicial. O Protesto Cambial é um instrumento voltado ao mercado, justificando-se apenas nos títulos que circulam, tanto quanto o rigor cambiário. Para isso, quando obrigatório, o que se impõe é a ampliação legal do prazo para o credor levá-lo a protesto, necessariamente maior do que o previsto no art. 44 do Anexo I, da Lei Uniforme de Letra de Câmbio e Nota Promissória, tanto que a Lei 5.474/1968, de duplicatas, o fixou em trinta dias após o vencimento (art. 13, § 4º). Esse prazo de efetivação do protesto obrigatório da cambial é estreito por demais, levando o credor a ser forçadamente intolerante. A intransigência não deve ser prestigiada, notadamente agora, quando tanto se prega e se estimula a autocomposição.❖

Em Defesa dos Embargos Infringentes: Reflexões Sobre os Rumos da Grande Reforma Processual

José Augusto Garcia de Sousa

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente de Direito Processual Civil da UERJ. Professor de Direito Processual Civil da Fundação Getúlio Vargas (RJ)

1. INTRODUÇÃO

O Ato nº 379/09, do Presidente do Senado Federal, instituiu uma comissão de notáveis juristas, encabeçada pelo Ministro Luiz Fux, para a tarefa de reformar o processo civil brasileiro. Divulgado o anteprojeto de novo Código de Processo Civil, em junho de 2010 — momento da conclusão deste artigo —, deparamos com propostas as mais alvissareiras, o que não surpreende, dado o alto nível da comissão. Entre as inovações apresentadas tivemos a eliminação dos embargos infringentes, visando-se assim à concretização de anseio que, embora menos veemente após a Lei 10.352/01 (que deu maior racionalidade ao recurso), já foi ouvido com muita intensidade na doutrina brasileira.¹

Aqui, ousaremos remar contra a corrente. Sustentaremos a preservação dos embargos infringentes. Mais do que a defesa pontual de um meio impugnativo, estaremos defendendo uma determinada concepção do direito processual, marcada pelo equilíbrio entre o imperativo da celeridade e a também importante veia argumentativa do processo. Nesse sentido, o artigo servirá a uma reflexão acerca dos rumos da grande reforma processual em marcha.

Independentemente do acerto ou não das ideias expostas, ao menos uma virtude não se poderá negar ao trabalho. Qual? Enfrentar o dilema

¹ A propósito da controvertida trajetória dos embargos infringentes entre nós, confira-se José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V (arts. 476 a 565), 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 518-521.

maior do processo nos dias atuais, o dilema do tempo. Atenção: não estamos nos referindo somente à luta contra a morosidade processual. Todo dilema tem dois lados. É preciso cuidar também do segundo lado do dilema, e a isto se propõe o artigo.

Sem se negar, de maneira alguma, o mérito da dura batalha travada contra o tempo em terras processuais, não se pode deixar de observar que o processo, paradoxalmente, carece cada vez mais do seu grande inimigo! De fato, à medida que o processo judicial vai ganhando complexidade e transcendência sem precedentes na história, um tempo mais dilatado — para argumentos e debates — lhe é indispensável em não poucos casos. Eis aí o segundo lado (frequentemente negligenciado) do grande dilema do processo nos dias que correm.

Antes de se chegar à questão específica dos embargos infringentes, algumas estações serão visitadas. A primeira delas diz respeito à época em que vivemos. É dela que brota, muito antes de habitar a esfera processual, o dilema a que aludimos.

2. DOIS SIGNOS DO NOSSO TEMPO: VELOCIDADE E INCERTEZA

Dizia um dos maiores juristas que o país já teve, J. J. Calmon de Passos: “A reflexão centrada estritamente no jurídico é sempre estéril. O Direito marcha na direção em que a sociedade caminha e anda com ela e não à frente dela. A par disso, o Direito não é raiz. (...)”² Dessa forma, seja qual for o assunto discutido, convém abrir a janela e espiar o que se passa lá fora — além da cidadela jurídica. É o que passaremos a fazer, concisamente.

Em qualquer direção alcançada pela vista humana, a velocidade está presente, muitas vezes estonteante, vertiginosa. A velocidade é um dos signos maiores do tempo atual, obviedade que dispensa demonstração. O processo, por motivos igualmente evidentes, não pode ficar atrás. Há de engendrar, continuamente, técnicas que deem conta de tanta velocidade. Perde legitimidade o instrumento que não consegue acompanhar a realidade. Se certos produtos restam obsoletos em poucos meses, como acontece por exemplo na área eletrônica, um processo versando sobre tais bens não pode levar anos para receber alguma decisão.

Mas não é só a velocidade que impregna o nosso século. Vivemos em uma sociedade pós-moderna — ou “pós-tudo”, no dizer inspirado de

2 J. J. Calmon de Passos, *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 102.

Luís Roberto Barroso.³ Não se sabe bem o que significa essa decantada pós-modernidade, mas curiosamente tal indefinição lhe é bastante desveladora. A matéria-prima da pós-modernidade, afinal, são doses reforçadas de fluidez e volatilidade, banhadas em relativismos fartos. Assoma então uma era de incertezas, desprovida de verdades essenciais — todas elas devidamente desconstruídas — e órfã de heróis.

Nas palavras do consagrado sociólogo Zygmunt Bauman, levamos hoje uma “vida líquida”, que vem a ser “uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. As preocupações mais intensas e obstinadas que assombam esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás, deixar passar as datas de vencimento, ficar sobrecarregado de bens agora indesejáveis, perder o momento que pede mudança e mudar de rumo antes de tomar um caminho sem volta. A vida líquida é uma sucessão de reinícios (...). Entre as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las. (...) É preciso acelerar o ‘alcançar’ caso se deseje provar as delícias do ‘largar’.”⁴

Tudo conspira a favor da incerteza, até mesmo o que deveria servir à segurança. Abra-se um parêntese para abordar a questão da informação. Supostamente, a revolução da informação⁵ deveria multiplicar o conhecimento e as certezas do mundo. Isso em parte realmente acontece, mas só em parte. Por outro lado, efeitos os mais problemáticos comparecem. A sociedade da informação, ao mesmo tempo em que estimula o crescimento intelectual das pessoas, tem o dom de nelas espicaçar dúvidas e angústias. Com uma disponibilidade muito maior de informações, as decisões amiúde se tornam mais complexas, eis que sortidos demais são os dados a ponderar. Profissionais altamente qualificados sentem-se inseguros por não conseguirem dominar todas as fontes bibliográficas de uma dada matéria (algo impossível para qualquer mortal). Médicos atendem pacientes que, graças à internet, acumularam — desordenadamente — informações especializadíssimas sobre a moléstia de que padecem. Exemplos não faltam desse contexto multiplicador de ansiedades e mal-estar. De uma for-

3 Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, 2001, p. 11.

4 Zygmunt Bauman, *Vida Líquida*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2007, p. 8.

5 Segundo um estudioso do tema, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (*Direito de Informação e Liberdade de Expressão*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 51), “a informação hoje recebida por uma pessoa em apenas um dia corresponde a anos de informação recebida pelo homem há duzentos anos”.

ma geral, somos assaltados pela sensação de que estamos numa bicicleta que exige pedaladas cada vez mais frenéticas para não tombar.

À explosão da informação corresponderia mesmo uma “explosão de ignorância”, conforme esclarece Maria Celina Bodin de Moraes em erudito trabalho, no qual se mencionam as circunstâncias que propiciam a atual era de incertezas e instabilidades: “(...) A segunda circunstância é a que se denominou de ‘explosão de ignorância’, devida à imensa, monumental disponibilidade de informações forjadas em ambiente virtual, numa espécie de biblioteca universal. À medida que crescem os horizontes do saber, cresce, na mesma proporção, o leque das questões sem solução, do desconhecimento e, mais, se incrementa a consciência da própria ignorância, a qual gera, assim, novas incertezas. Com facilidade, se substituem os ‘resultados seguros’ de uma investigação por mais uma eventualidade, uma possibilidade ou um ponto de vista. Logo, não haverá mais tempo hábil para transformar a enorme massa de dados que já se encontram à disposição em conhecimento e, portanto, em informações passíveis de dominação ou de certeza.”⁶

Fechado o parêntese relativo à questão da informação, assinale-se que a própria velocidade desconcertante dos nossos dias contribui, e muito, para a incerteza. Velocidade e incerteza são fenômenos intimamente conectados. O ritmo acelerado atropela sem dó os juízos reflexivos. O homem contemporâneo não consegue processar a contento tantas transformações súbitas, impulsionadas por uma tecnologia cada vez mais prodigiosa. E não são apenas transformações materiais. Mexe-se com rapidez até mesmo nas questões mais sagradas para a espécie, cultuadas durante milênios e milênios, como é o caso do processo biológico de concepção do ser humano, igualmente arrebatado pela tecnologia. Ocorre que o tempo da filosofia, evidentemente, mantém-se muito mais cadenciado. Desse hiato crescente entre a filosofia e a tecnologia, já quase um abismo, derivam, como não poderia deixar de ser, perplexidades insolúveis, combustível poderoso para a grande fogueira da incerteza.

Agravando o estado de incerteza, temos a presença do pluralismo, outra força marcante do mundo contemporâneo. Conquanto não seja de agora o avanço do pluralismo — haja vista as conquistas nada desprezíveis alcançadas na Idade Moderna —, ele ganhou extraordinário impulso nas

6 Maria Celina Bodin de Moraes, Constituição e direito civil: tendências, *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, nº 16, 2000, p. 175-176.

últimas décadas, quer seja em virtude da mudança de mentalidades, quer seja em função de aportes tecnológicos. Transformou-se assim em um fenômeno avassalador. Vias de mão única não se aceitam mais, o que pode ser bastante salutar. Nunca se respeitou tanto o direito à diferença. Grupos tradicionalmente discriminados ganharam voz. Mas o pluralismo não opera maravilhas apenas. Ele tem um grande potencial para gerar inquietude e desnorreamento, sobretudo quando desarruma — com o posterior endosso do direito — convicções seculares em temas-chave. Desde que o homem é homem, pessoas do mesmo sexo não podiam casar-se. Já podem, em vários lugares do mundo. O fator biológico sempre foi determinante para a determinação da paternidade ou mesmo para a identificação do sexo. Não é mais.⁷ Além de tudo isso, o pluralismo visa à integração mas na prática pode implicar recorte, fracionamento, desafiando com frequência o ideal iluminista da igualdade, ainda um valor bastante respeitável entre as democracias do globo.

Sob o impacto do pluralismo, um dos filósofos mais lidos da atualidade, John Rawls (falecido em 2002), reformulou posições sustentadas na sua obra mais célebre, *A Theory of Justice*, e passou a se preocupar intensamente com uma questão fundamental: “como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais, mas que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis”?⁸

Em meio a tanta agitação, onde está a justiça? Seria totalmente implausível que ela permanecesse incólume às vicissitudes do século que a rodeia. Dos píncaros da teoria às miudezas de um caso concreto, a incerteza ganha terreno. Pluralizam-se então as perspectivas da justiça. O que é justo individualmente pode não ser justo coletivamente, o que é justo no Oiapoque pode não o ser no Chuí, o que é justo no morro nem sempre o será no asfalto. Não bastasse, ainda se pode contrapor um justo “*absoluto, utópico*” a um justo “*possível, realizável*”, como faz Nelson Nery Junior quando trata da polêmica relativização da coisa julgada.⁹ Em consequência dessa pluralização do justo, cresce a dificuldade, em muitos

7 Consulte-se, a propósito, excepcional julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca da transexualidade (REsp 1.008.398, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento unânime em 15/10/09): “Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.”

8 John Rawls, *O Liberalismo Político*, tradução de Dinah de Abreu Azevedo, 2ª ed., São Paulo, Ática, 2000, p. 45-46.

9 Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

casos — os “*hard cases*” —, de se identificar a parte que tem razão. Cresce também a dificuldade de se fixar a essência da “ordem jurídica justa”, na famosa expressão de Kazuo Watanabe.

A contaminação do direito pela incerteza é o tema do tópico seguinte. Mais tarde, chegaremos ao direito processual, quando então observaremos, sem maior surpresa, que um papel essencial do processo, nos tempos que correm, é o de consistir em palco privilegiado para o exercício da argumentação, visando à redução — possível — da incerteza.

3. DIREITO E INCERTEZA

Naturalmente, também o direito é um território tomado hoje pela incerteza e pelo pluralismo.

Há quase cem anos, o grande Hans Kelsen procurou colocar ordem na casa, ao elaborar uma teoria “pura” para o direito com pretensões universalistas, fomentando o formalismo extremado, a indiferença à realidade e a neutralidade axiológica do jurista.

A Segunda Guerra Mundial, como se sabe, minou fortemente o positivismo kelseniano. Um pós-positivismo fez-se inevitável, arrimado em linhas muito mais flexíveis. Um expressivo processo de abertura do direito pôs-se em marcha. Essa abertura tocou as grandes teorias do direito, as teorias da norma, da interpretação e das fontes. O teor literal de um comando jurídico passou a ser apenas o ponto de partida da norma, podendo até ser superado ou “derrotado” em não poucas situações. A apreensão do real sentido da norma afastou-se da perspectiva puramente apriorística de outrora. Fatores extrajurídicos ganharam o processo hermenêutico. Visões tópicas do direito foram ainda mais longe, considerando a lei apenas um *topos* (embora relevante) entre outros. O caso concreto viu-se sumamente valorizado. Do primado das regras e da subsunção, passou-se ao domínio dos princípios e da ponderação. A ênfase principialista veio de mãos dadas com a sublimação dos valores, ensejando polêmicas francamente ideológicas nos tribunais. Para desalento de qualquer teoria pura, há cada vez menos nitidez entre o jurídico e o não jurídico, entre o que pode efetivamente ser exigido em uma corte e o que é apenas desejável mas não tem força jurídica. A busca da objetividade transformou-se em um dos desafios maiores do pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo, para usar um termo muito em voga nos últimos tempos).

Portanto, não se alterou somente a lógica da aplicação do direito. Mudou também a lógica da própria *criação* do direito. Deu-se, na verdade,

uma notável transferência de responsabilidades, do legislador para o juiz. Entregaram-se a estas ferramentas metodológicas que permitem o acesso ao justo — seja lá o que for o justo —, independentemente do teor da lei, até mesmo *apesar* do teor da lei.

É claro que todas essas transformações elevaram consideravelmente a taxa de insegurança e incerteza dentro do mundo jurídico. Foi o preço a pagar pelo ambicioso projeto de (re)aproximar o direito da justiça.

Sintetizando muito bem os novos tempos, escreve Margarida Maria Lacombe Camargo: “(...) Ao contrário dessas posições monolíticas, o que se aponta agora, sob o viés da pós-modernidade, é que, no lugar do universal, encontra-se o histórico; no lugar do simples, o complexo; no lugar do único, o plural; no lugar do abstrato, o concreto; e no lugar do formal, o retórico. Não se vê mais como condizente à prestação jurisdicional aquele juiz que se reporta a conceitos abstratos, que procura uma verdade absoluta capaz de decidir a questão, descurando-se do subjetivismo (ou do intersubjetivismo) social (...). O pensamento jurídico não se conforma com um tipo de raciocínio linear que ignora a dialética e os valores que informam a hermenêutica. A inegabilidade dos pontos de partida, que aponta para a inexorabilidade da lei, não impede de trabalharmos uma interpretação mais adequada para cada caso. Por isso, é preciso encontrar uma nova racionalidade capaz de orientar a dogmática jurídica e, ao mesmo tempo, defendê-la da pecha da arbitrariedade (...).”¹⁰

Qual é a nova racionalidade mencionada por Lacombe Camargo? Ela responde: “A nova racionalidade jurídica, identificada neste trabalho com a tópica e a retórica, corresponde a um novo modo de pensar o direito. Por um lado, a nova hermenêutica, que procura dar conta da complexidade que orienta o significado da ação social, na qual se incluem as relações jurídicas; e de outro, a nova retórica, que reúne elementos da teoria da argumentação e da tópica, capazes de legitimar novas situações.”¹¹

Bem se percebe que a faceta discursiva do direito tende a robustecer-se. Numa era de incertezas, tal efeito é bastante esperado. Se faltam as verdades (apriorísticas) essenciais, é preciso buscar novas formas de legitimar as decisões. Em outros tempos, a melhor decisão bastava reve-

10 Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e Argumentação*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 260-261.

11 Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e Argumentação*, cit., p. 263.

lar: era aquela apontada por um prévio comando de lei. Hoje, temos um bom número de causas que não mais se sujeita a esse esquema subsuntivo. Nessas causas, a melhor decisão deve ser *construída*. Como? Por meio do incremento da atividade argumentativa, envolvendo os sujeitos do processo. Não se tem assim o mesmo propósito de chegar à decisão “certa” — conforme o paradigma legalista —, mas em compensação se agregam participação e inegáveis virtudes democráticas ao procedimento decisório. É essa a nova racionalidade jurídica, talhada para um tempo no qual a “certeza” quase não se encontra mais nas prateleiras dos supermercados...¹²

A revalorização da argumentação no meio jurídico é confirmada pelo grande Miguel Reale: “Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes, tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta de riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas. Perdera-se, em suma, o valor da Retórica, confundida errônea e impiedosamente com o ‘verbalismo’ dos discursos vazios. De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição (...)”¹³

E o processo, especificamente? Como se enquadra no novo contexto? É o assunto do próximo tópico.

4. PROCESSO E ARGUMENTAÇÃO

Conforme já insinuado nas seções precedentes, o processo assume, dentro da nova racionalidade jurídica, uma função ímpar, servindo como palco privilegiado para o incremento da atividade argumentativa.

12 Discorrendo exatamente sobre o “retorno” do processo ao procedimento, assinala Antonio do Passo Cabral (*Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 179): “(...) Muitos juristas e filósofos notaram que, no mundo atual, até mesmo pelas múltiplas cosmovisões observáveis na sociedade humana pluralista, é difícil crer na existência de um *ethos* universalmente aceitável. No fracasso histórico de estabelecer uma ‘justiça substancial’, definida e expressa com base em critérios materiais, a ‘justiça possível’ das decisões deveria ser buscada processualmente: assegurando a justeza do procedimento, regras e condições da argumentação prática racional, estaríamos mais próximos de obter o ideal de justiça. Critérios substanciais vão sendo, então, suplantados em favor de questões procedimentais, e as decisões judiciais passam a auferir legitimidade a partir de um processo équo.”

13 Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 88-89. Consultem-se também: Antônio Cavalcanti Maia, A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea, *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 8, out./dez. 2001, p. 269-282; e Alceu Maurício Lima Junior, A argumentação jurídica e o ideal de racionalidade na superação de regras jurídicas, *Revista de Direito Administrativo*, nº 249, set./dez. 2008, p. 9-36.

É a instância argumentativa diletta do pós-positivismo, marcado também por uma intensa judicialização.

Vale esclarecer que o desenvolvimento processual da argumentação não se limita às partes, alcançando também — e sobretudo — o juiz. Dele se exige um reforço na motivação das decisões, de molde não só a enfrentar convenientemente a argumentação das partes, mas também para ficar à altura da complexidade dos casos “difíceis” da pós-modernidade. Isso se aguça ainda mais à proporção que a relevância social do Judiciário tem se elevado sensivelmente. Hoje, consoante observa Paulo Roberto Soares Mendonça, “o Judiciário persegue a adesão de um auditorio mais amplo do que a comunidade jurídica em si, buscando atingir a sociedade como um todo.”¹⁴

Em abono ao avanço da argumentação no processo, saliente-se que a incidência da racionalidade pós-positivista acarreta mudanças profundas na própria teleologia do processo. Ele deixa de ser o instrumento destinado puramente a declarar e realizar um direito material prévio, transformação que põe em xeque a tese dualista. Nos dias atuais, mais do que nunca, o processo — é preciso dizer com todas as letras, sem ressalvas — *cria* direitos.¹⁵

Nesse sentido, têm se manifestado autores relevantes na dogmática contemporânea. É o caso de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Do ponto de vista dos que exercem o Poder Jurisdicional, o aspecto relevante é que nessa normatividade de caráter essencialmente principial encontra-se contida autêntica outorga de competência para uma investigação mais livre do direito. (...) A constatação mostra-se deveras relevante, na medida em que, sendo facultado expressamente na Constituição o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade criativa do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados. Em face dessa linha evolutiva, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito mate-

14 Paulo Roberto Soares Mendonça, *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 156.

15 Em sentido contrário, defendendo a tese dualista, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 138) “O único bem jurídico que invariavelmente todos os pronunciamentos judiciais de mérito acrescentam à situação jurídico-material (independentemente do conteúdo e natureza jurídica de cada um) é a *segurança jurídica* — e a segurança não é em si mesma um bem regido pelo direito substancial. (...) Tem-se por correta, portanto, a *teoria dualista* do ordenamento jurídico. Confirma-se que a sentença não cria direitos mas revela-os; e a execução forçada, que também tem caráter jurisdicional, confere-lhes efetividade quando falta o adimplemento voluntário pelo obrigado.”

rial e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual.”¹⁶

Reconhecida a existência hodierna de um processo autenticamente criador de direitos, a argumentação — cujo incremento contribuiu para a própria formação desse novo modelo — fica ainda mais valorizada. Com efeito, um processo criador assume graves responsabilidades, perante a sociedade e o Estado. Logo, deve atrair controles mais severos, sob pena de gerar imperdoável déficit democrático. Vem daí a necessidade imperiosa de procedimentos e técnicas que fomentem a argumentação e o debate no seio do processo. Só assim se legitimará democraticamente a crescente atividade criativa do Judiciário.

Para sublimar de vez a argumentação no processo contemporâneo, perceba-se que os conflitos e as perplexidades não chegam somente de fora. Também o direito processual produz conflitos “nativos” de grande magnitude. Essa dimensão conflituosa não é de agora, à evidência. Há meio século já dizia o inesquecível Francesco Carnelutti: “*Lo slogan della giustizia rapida e sicura, che va per le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione in adiecto: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura.*”¹⁷ Sem embargo, os últimos tempos têm aumentado a temperatura desses conflitos genuinamente processuais, algo que pode ser confirmado por uma análise atenta das grandes linhas metodológicas atuais.

Mire-se o “modelo constitucional do direito processual civil”, desenvolvido com maestria por vários autores nacionais.¹⁸ Tal modelo gera alguma facilidade para o intérprete e o aplicador do direito processual? Um conhecimento mínimo do direito constitucional brasileiro indica que é justamente o contrário. A Constituição pátria, do ponto de vista valorativo, mostra-se extremamente compromissória, irresoluta, dividida.

16 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica”, *Revista Forense*, nº 395, jan./fev. 2008, p. 40. Confirmam-se também as palavras de Hermes Zaneti Júnior, A teoria circular dos planos (direito material e direito processual), in Fredie Didier Jr. (organizador), *Leituras Complementares de Processo Civil*, 5ª ed., Salvador, Podivm, 2007, p. 414: “(...) Verificou-se, ademais, que o processo cria direito, principalmente quando o direito não tem mais um conteúdo determinado estritamente pela norma (v. g., princípios e cláusulas gerais). Resta, nesta ótica, para a doutrina, a tarefa de aprofundar o controle das decisões judiciais (evitar o arbítrio) e a responsabilidade do juiz, bem como desenhar uma teoria dos modelos jurisprudenciais que possa gerar previsibilidade e harmonia no ordenamento jurídico brasileiro.”

17 Francesco Carnelutti, *Diritto e Processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 154.

18 Para ficar em uma citação apenas, consulte-se Cassio Scarpinella Bueno, “O ‘modelo constitucional do direito processual civil’: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações”, *Revista de Processo*, nº 161, jul. 2008.

Consensos não há muitos. Um deles diz respeito à primazia dos direitos fundamentais. Porém, é preciso lembrar que se reconhecem várias dimensões de direitos fundamentais, e elas comumente estão em litígio. De fato, um direito fundamental de primeira dimensão pode duelar furiosamente com um de segunda, ou de terceira. Se alguns direitos fundamentais tomam a defesa intransigente do indivíduo, outros priorizam a solidariedade e a proteção das gerações futuras, com chances quase nulas de harmonização. Portanto, a ênfase nos direitos fundamentais não tem o condão de acalmar o processo civil, muito pelo contrário. Até porque, em princípio, tanto o autor como o réu devem ter os seus direitos fundamentais respeitados — outra equação cuja resolução frequentemente não se revela nada tranquila.

Dessa forma, qual a valia do modelo constitucional do processo civil? Certamente não é a descomplicação do processo, muito pelo contrário. Em compensação, o modelo constitucional serve para conectar o processo com as aberturas propiciadas pela era pós-positivista, deixando-o permeável ao trânsito dos valores e à incidência da realidade. Não é pouca coisa.

Outra grande linha metodológica a nortear o processo civil brasileiro é a linha instrumentalista, consagrada pela pena de Cândido Rangel Dinamarco. Nas clássicas palavras do mestre paulista, “é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego.”¹⁹ Portanto, a visão instrumentalista é eminentemente teleológica, fixando-se nos escopos da jurisdição: escopos jurídicos, sociais e políticos. A par de significar um estupendo chamado à abertura dos horizontes do direito processual, o instrumentalismo estimula — em função principalmente da abertura que proporciona — conflitos significativos. Os próprios escopos do processo podem estranhar-se. Para um exemplo rápido, pense-se numa causa completamente madura para julgamento, sendo claríssimo o direito em jogo. Ocorre que o juiz sente alguma possibilidade de conciliação, demandando tal eventualidade uma nova audiência. O que deve fazer o juiz? Privilegiar o escopo jurídico (e a celeridade processual), proferindo de imediato sentença favorável à parte que tem indiscutivelmente razão? Ou investir no escopo social, buscando a todo custo a conciliação?

19 Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 181.

Mais do que nunca, como se vê, o terreno processual está inçado de questões altamente problemáticas, venham estas das próprias entranhas do processo, venham de fora, provenientes do ambiente tumultuado da pós-modernidade. Como enfrentar tais questões? Confiando simplesmente na sensibilidade de juízes sempre e sempre iluminados? À vista do sistema democrático vigente, tão arduamente conquistado, qual o caminho a seguir?

A resposta do texto já deve ter ficado clara. Se o imperativo da celeridade não pode ser menosprezado, o mesmo se diga da vocação do processo para a argumentação e a dialética, vocação que ganha especial relevo em tempos de incerteza.

5. EM PROL DO FORTALECIMENTO DA ARGUMENTAÇÃO NO PROCESSO

Concisamente, e sem qualquer pretensão de exaustividade, passaremos agora a enumerar propostas e tendências voltadas justamente para a promoção da argumentação e do diálogo no seio do processo.

Em primeiro lugar, focalize-se a jurisdição constitucional. Muito influenciada pela magnífica doutrina do alemão Peter Häberle, idealizador da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, a jurisdição constitucional brasileira adotou mecanismos sumamente participativos, a exemplo do *amicus curiae* e das audiências públicas. Veja-se por exemplo a discussão, no Supremo Tribunal Federal, acerca das políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior: foi designada audiência pública para a oitiva de nada menos do que 38 pessoas envolvidas com o assunto, entre autoridades, estudiosos e representantes de movimentos organizados.²⁰ Esse proceder eleva significativamente o exercício da atividade argumentativa na jurisdição constitucional. Por outro lado, é claro que dá trabalho e toma tempo. Os julgamentos seriam mais céleres caso não se permitissem tais intervenções. Entende-se, no entanto, que a gravidade e a complexidade de certos assuntos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, bem como o pluralismo da nossa sociedade, recomendam, a bem do regime democrático, a intensificação da atividade argumentativa, mesmo em detrimento da tão almejada celeridade.

É certo que a jurisdição constitucional se reveste de características peculiaríssimas. Não menos exato, contudo, é o fato de que medidas

20 Informação colhida no *site* do STF em 12/01/09, estando a audiência pública relacionada à ADPF 186 e ao RE 597.285/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski.

semelhantes às que lá se veem são preconizadas também em referência aos juízos ordinários. Tome-se novamente a figura do *amicus curiae*. Sustenta Cassio Scarpinella Bueno a ampliação da atuação do *amicus curiae*, desgarrando-se assim das situações legalmente previstas: “No atual estágio do direito processual civil, os interesses subjacentes ao processo (...) têm de encontrar uma necessária forma de sua representação em juízo. Foi-se o tempo em que a ocorrência de um ‘interesse público’ no processo encontrava no exercício da função de *custos legis* pelo Ministério Público seu suficiente (e ‘exclusivo’) porta-voz. O aparecimento, a dispersão e a especialização cada vez maior de toda forma de interesses na sociedade e no próprio Estado (...) são dados que devem ser capturados pelo processo civil, sob pena de comprometimento de seus próprios escopos. Esse ‘espaço’, representativo desses interesses, é ocupado pelo *amicus curiae*. E de tantos *amici* quantos sejam os interesses dispersos, aguardando para serem ouvidos.”²¹

Por sinal, Cassio Scarpinella Bueno, na sua alentada obra sobre o *amicus curiae*, põe em relevo mais um motivo conducente ao fortalecimento do espaço argumentativo: a ampliação sensível, em nosso ordenamento processual, das hipóteses de decisões que se fazem vinculantes, algo que vai nos aproximando bastante do sistema de *common law*. O art. 285-A do CPC, com redação da Lei 11.277/06, representa o paroxismo dessa tendência: o juiz pode utilizar, como paradigma vinculante, uma outra sentença que ele mesmo tenha proferido em caso idêntico, independentemente (a se acreditar na literalidade do dispositivo) de observar ou não a jurisprudência predominante. Pois bem, um precedente vinculante, em virtude da transcendência que lhe é atribuída, deve merecer um cuidadoso processo de formação, no qual se faz indispensável o alargamento das possibilidades de argumentação e debate.

Para demonstrar cabalmente o que acabou de ser dito, faz-se oportuno citar primoroso voto vencido do Ministro Herman Benjamin no julgamento do Recurso Especial 911.802, versando sobre relevante questão consumerista (cobrança de “assinatura básica residencial” em serviço de telefonia), tendo sido o julgamento afetado à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, visando à produção de decisão uniformizadora.²² O caudaloso voto vencido de Benjamin começa pelo seguinte tópico: “Uma

21 Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 666-667.

22 REsp 911.802, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, julgamento por maioria em 24/10/07.

perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via da ação civil individual e a mutilação reflexa do direito de acesso à justiça de milhões de consumidores”. É a parte que nos interessa aqui.

Em virtude da existência de déficit argumentativo, pondera o voto vencido que a demanda não poderia receber uma decisão uniformizadora: “Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez.”

Em seguida, Herman Benjamin lamenta a precariedade do debate atinente àquele importante julgamento: “(...) Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, *triplamente vulnerável*), destituída de recursos financeiros para se fazer presente *fisicamente* no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação (?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos *litigantes-sombra*, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, um gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica (...).”

Conclui o Ministro Herman Benjamin: “Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7.347/85 e CDC).”

O belíssimo voto vencido de Herman Benjamin chama a atenção, nos trechos reproduzidos, para a importância do contraditório, como princípio e como garantia subjetiva, no momento atual do processo. Nem é preciso dizer que um contraditório forte serve à construção de um modelo processual favorável à atividade argumentativa. Aliás, também importa a esse modelo processual a valorização dos votos vencidos em decisões colegiadas (tema ao qual retornaremos adiante).

Em virtude dessa sintonia entre um processo com ênfase na argumentação e o princípio do contraditório, vale dedicar algum espaço ao princípio. Trata-se possivelmente do princípio mais reverenciado pela doutrina processual contemporânea, a ponto de ganhar lugar na própria definição de processo — conforme lição muito conhecida do festejado Elio Fazzalari, processo é todo procedimento em contraditório. Aqui no Brasil, abordagens muito ricas têm sido produzidas a respeito das potencialidades do princípio (ou garantia). Assim, a visão formal e limitada do contraditório, como mera ciência bilateral dos atos do processo acompanhada da possibilidade de uma reação, vai ficando superada. Em seu lugar, tem prevalecido uma leitura crescentemente substancialista e dinâmica do princípio, de resto uma leitura bastante apreciada na era pós-positivista. “Se há algo”, confirma Miguel Reale, “que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo é a luta contra todas as modalidades de ‘formalismo’, pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana.”²³ Valendo-nos de expressão célebre de Ronald Dworkin, podemos dizer que também o contraditório é um direito a ser levado a sério — cada vez mais.

Um dos precursores entre nós dessa nova concepção do contraditório foi Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. O processo, salienta o eminente doutrinador, é um diálogo, nunca um monólogo. Este “limita necessariamente a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, em compensação, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado (...).”²⁴ Portanto, “impõe-se ao Juiz prudente diálogo com as partes, seja chamando-as a seu gabinete para uma conversa informal (...), seja suscitando nos autos

²³ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 91.

²⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O juiz e o princípio do contraditório”, *Revista de Processo*, nº 73, jan./mar. 1994, p. 10.

a possibilidade de aplicação de tal ou qual norma, ou o exame da questão sob determinada perspectiva jurídica inovadora, ou informando ainda da possibilidade de ser apreciada, de ofício, questão totalmente nova e desconhecida dos litigantes.”²⁵

Na mesma trilha, temos a doutrina de Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes. Em trabalho a quatro mãos, encarece-se o perfil ativo e dinâmico da garantia do contraditório, perfil que privilegia a faceta dialógica do procedimento e implica a necessidade de as alegações das partes serem levadas efetivamente em consideração pela fundamentação dos julgados, implicando ainda a nulidade das “decisões de surpresa”, contendo matéria não submetida à discussão das partes. Ressaltam os autores: “A decisão não pode mais ser vista como expressão apenas da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada tão-só como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade, sobretudo, *na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais* suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.”²⁶

O ótimo trabalho de Theodoro Júnior e Coelho Nunes possui o mérito adicional de pesquisar o contraditório à luz das perspectivas histórica e de direito comparado. Registra-se então o aviltamento sofrido pela garantia na primeira metade do século passado, quando o princípio autoritário do processo foi levado a um perigoso paroxismo (tendo como sintomático exemplo a Alemanha nacional-socialista), bem como a volta por cima, na ambiência das democracias constitucionais do pós-guerra. Fica dessa forma explicitada a notável veia política do contraditório dinâmico: além de favorecer a participação na seara judicial, aparece também como valioso instrumento de equilíbrio de poderes, compensando — e assim legitimando! — o inevitável aguçamento do ativismo material e formal dos juízes. O contraditório, esclarecem os

25 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O juiz e o princípio do contraditório”, cit., p. 11.

26 Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”, *Revista de Processo*, nº 168, fev. 2009, p. 137. Sobre a repercussão da nova dimensão do contraditório sobre o dever judicial de fundamentação, confira-se ainda Teresa Arruda Alvim Wambier, “A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão”, *Revista de Processo*, nº 168, fev. 2009, p. 53-65.

juristas mineiros, “não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício (...).”²⁷

Outro destacado autor nacional que assinala a transcendência do contraditório é Leonardo Greco, para quem o princípio significa a projeção do primado da dignidade humana no processo, transformando este em uma autêntica instância de diálogo: “Esse primado da dignidade humana impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente a todos os interessados.”²⁸ Mais. A afirmação do contraditório, para Greco, faz parte das exigências de um “processo de qualidade” — plenamente democrático e impregnado de humanismo —, exigências que dão ensejo a um sábio alerta, qual seja: “o que os cidadãos esperam do Judiciário não são somente decisões rápidas, mas especialmente decisões justas.”²⁹

Além dos reflexos já vistos, a promoção do contraditório e do exercício da argumentação transfigura institutos cruciais do direito processual. Veja-se o direito probatório. Discorrendo com proficiência sobre o assunto, sustenta Eduardo Cambi que estão em desenvolvimento novas perspectivas referentes aos poderes dos sujeitos processuais, as perspectivas “neoprivatista” e “neopublicista”. O que significam? Sem prejuízo do caráter publicístico do processo, “as partes devem estar munidas de todos os meios necessários para o exercício *pleno* da garantia constitucional do contraditório”;³⁰ por seu turno, a atuação do órgão judicial deve corresponder a essa valorização do contraditório e do debate, principalmente no momento da motivação das decisões. Onde entra a questão da prova? Simples: como o juiz, a bem da sua imparcialidade, deve tomar conhecimento dos fatos por meio das provas produzidas pelas partes, a prova, no dizer de Cambi, é o *argumento* mais importante de que dispõem as partes (levando em conta que *iura novit curia*). Ganha a prova, por conta disso, relevância ímpar: “A atividade probatória, enquanto *argumentação jurídica*, a ser desempenhada com preponderância pelas partes, exige visualizar a prova não somente como uma *atividade negativa* (*ônus*: per-

27 Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro..., cit., p. 125.

28 Leonardo Greco, “O princípio do contraditório”, *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 554.

29 Leonardo Greco, “O princípio do contraditório”, cit., p. 556.

30 Eduardo Cambi, “Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008”, *Revista de Processo*, nº 167, jan. 2009, p. 28.

de quem deixou de provar), mas como um instrumento indispensável à promoção da justiça.”³¹

No tocante às nulidades, invoque-se o magistério de Antonio do Passo Cabral. Em excelente monografia, propõe Cabral uma “teoria comunicativa dos atos processuais e das nulidades”. Trata-se de mais uma homenagem à ascensão do contraditório e da atividade argumentativa, ao mesmo em que se celebra o “retorno” ao procedimento e às partes: “Faz-se necessário, nos dias de hoje, um tratamento que inclua todos os sujeitos na descoberta da invalidação, em clima de participação, reconhecimento do outro e boa-fé. Todo esse quadro é permeado pela influência mútua e reflexiva que caracteriza o contraditório moderno, trazendo o processo para uma era comunicativa de interações intersubjetivas e do convencimento. Nesse cenário, retornamos ao processo, destacando a importância do procedimento sem esquecer dos valores que é destinado a cumprir.”³² Coerentemente, quanto à eventual invalidação dos atos processuais, sustenta Cabral: “O critério que justifica a invalidação é a significação comunicativa do defeito, vale dizer, se a atipicidade formal causou uma repercussão particularmente relevante para interferir nas condições de comunicação do debate processual.”³³

Outra proposta que merece citação é a da flexibilização procedimental, defendida com brilho por Fernando da Fonseca Gajardoni. Mais uma vez, o contraditório, a argumentação e o procedimento ocupam posição de destaque. Depois de invocar a célebre teoria da legitimação pelo procedimento, de Niklas Luhmann, assinala Gajardoni: “O que a teoria de Luhmann pretende estabelecer, muito mais do que um mero culto ao procedimento, é que só através dele as partes têm condições de participar da construção das decisões judiciais, de modo que, na verdade, o que legitima a decisão não é o procedimento, mas sim o principal fator de condicionamento político da atividade jurisdicional: o contraditório útil.”³⁴ Em consequência, o incremento do contraditório e da atividade argumentativa desarma as inevitáveis objeções atraídas pela tese de Gajardoni (fundadas no princípio da segurança jurídica): “a flexibilização procedimental, com alteração do rito padrão estabelecido por lei ou com

31 Eduardo Cambi, “Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008”, cit., p. 31-32.

32 Antonio do Passo Cabral, *Nulidades no Processo Moderno...*, cit., p. 363.

33 Antonio do Passo Cabral, *Nulidades no Processo Moderno...*, cit., p. 364.

34 Fernando da Fonseca Gajardoni, *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 98.

a construção de um novo modelo ritual, não afeta o poder legitimante da decisão, desde que no processo tenha sido assegurada aos litigantes efetiva participação em contraditório.”³⁵

Abra-se parêntese para dizer que a valorização do contraditório e da argumentação ainda não foi devidamente assimilada na área recursal. Pelo contrário, o que se tem visto, sem maior reação da doutrina, é um contínuo sufocamento das chances de argumentação nessa área. Veja-se o caso do agravo interno. Na prática, consiste em melancólico simulacro de meio impugnativo, sem nenhum poder de fogo. Qualquer estatística a respeito revelará que quase cem por cento dos agravos internos são improvidos. Sinal de que as decisões monocráticas são realmente impecáveis e devem ser cada vez mais estimuladas? Não, sinal de que números e estatísticas são bem-vindos também no campo judiciário, mas devem ser apreciados com muito cuidado. Se raríssimos agravos internos são providos, é porque o seu procedimento — sobretudo quando a relatoria não troca de mãos — mostra-se totalmente avesso à argumentação e ao debate, o que reduz absurdamente as chances de êxito do agravante. Já se desenvolveu nas cortes brasileiras uma cultura de improvidamento dos agravos internos. Em muitos órgãos colegiados, o provimento a um agravo interno é encarado como autêntica afronta pessoal ao relator. Pior: frequentemente, como se sabe, o colegiado não se digna sequer a julgar o agravo interno interposto, sendo simplesmente certificado o seu infalível improvidamento.

Tem-se nos recursos, portanto, um território em boa porção avesso a garantias processuais elementares. Falar de contraditório como garantia de influência, em um contexto assim, chega a ser anedótico. Urge então que também o processo nos tribunais se veja bafejado pelo contraditório ativo e dinâmico. Independentemente de qualquer alteração legislativa, recomendam-se várias mudanças de rota. No mínimo, se é permitida sustentação oral no julgamento das apelações, a mesma possibilidade deve ser assegurada no julgamento dos agravos internos derivados de apelação.

Feche-se o parêntese. Sem embargo do déficit garantístico verificado na área recursal, o fortalecimento do contraditório e do debate é sem dúvida uma tendência vigorosa do processo contemporâneo. Tanto assim que se fala na emergência de um novo princípio processual, o princípio da cooperação. Fredie Didier Junior declina as coordenadas desse novo princípio: “O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as

35 Fernando da Fonseca Gajardoni, *Flexibilização Procedimental...*, cit., p. 98.

partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto da atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. (...) O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.”³⁶

Poderíamos mencionar inúmeros outros autores e obras,³⁷ mas não é necessário. Já ficou demonstrado que, ao lado da demanda incessante por celeridade, uma outra tendência também se desenvolve, não exatamente oposta à primeira, mas podendo sim atizar colisões. De fato, um “processo de qualidade” (nas palavras já citadas de Leonardo Greco), forte no diálogo e no debate, exige mais tempo. É um acréscimo de tempo inevitavelmente bem empregado — mas, ainda assim, acréscimo de tempo.

6. A BUSCA DO EQUILÍBRIO

Insista-se na tecla: não somos contrários, de maneira alguma, à empresa da aceleração da prestação jurisdicional. Nem poderíamos ser. A morosidade processual costuma ser muito perversa socialmente, prejudicando sobretudo os mais carentes. Além disso, a aceleração da prestação jurisdicional viu-se transformada, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, em direito fundamental expresso (art. 5º, LXXVIII, da Constituição).

Sem embargo, é evidente que a celeridade processual não pode ser encarada como valor absoluto e invencível, um direito magno a se deslocar

36 Fredie Didier Junior, “O princípio da cooperação: uma apresentação”, *Revista de Processo*, nº 127, set. 2005, p. 76-77. Preconizando uma interessante cooperação com reflexos nos recursos excepcionais, consulte-se Teresa Arruda Alvim Wambier, “Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere — ainda sobre o questionamento”, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 6, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 513-531.

37 Poderíamos até mesmo invocar tendências similares em outros ramos jurídicos. No direito administrativo, por exemplo, a consensualidade vai-se afirmando como opção preferível à imperatividade, e a participação passou a ser realçada (cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, e Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003). Outro bom exemplo é o direito do consumidor, que, além de adotar como princípio fundamental a transparência máxima das relações de consumo, incentivou ainda o avanço da transparência fora das fronteiras consumeristas (nesse sentido, José Augusto Garcia de Sousa, “Tutela da informação e vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor”, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 35, 2006, p. 232-280).

no solo processual com a pujança de um rolo compressor. Não. Também a celeridade é meio, não fim. Sem que haja um mínimo de qualidade na prestação jurisdicional, o sentido positivo da celeridade desvirtua-se por completo. Se a decisão judicial é equivocada, melhor que venha morosa do que a jato...

Em artigo esplêndido, dedicado exatamente aos “mitos” que povoam a Justiça, José Carlos Barbosa Moreira assinalou: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”³⁸

Questão correlata é a da publicização do processo, entendida como a concessão, aos juízes, de poderes formais e substanciais cada vez mais robustos. Tal publicização é muito associada ao propósito da celeridade. A associação procede. O aguçamento dos poderes judiciais pode realmente ser útil à construção de um processo mais célere e efetivo. Entretanto, não se trata de fenômeno desprovido de efeitos colaterais indesejáveis. Por óbvio, o juiz encarna o Estado e exerce poder. Assim, é bastante natural — quem o diz é a teoria da democracia — que a publicização estimule excessos e descaminhos. Mais uma vez a temperança se faz essencial. Se a publicização é uma tendência cara aos tempos atuais, não se mostra possível, por outro lado, relaxar os mecanismos de controle sobre a atividade do juiz, aí incluídos controles endoprocessuais e extraprocessuais (tudo implicando, inevitavelmente, uma carga suplementar de tempo). Mais ainda, é preciso pensar no processo, em termos estratégicos, sem perder de vista a possibilidade do erro judicial. Um processo que cultive como premissa a falibilidade reduzida dos magistrados é um processo desengadamente irreal. Também os juízes falham, e não é pouco. Assim como falham integrantes das outras carreiras jurídicas, autoridades dos outros Poderes, profissionais liberais, artistas, desportistas, religiosos...

Aonde queremos chegar? A um alvo muito fácil de pronunciar, mas difícilimo de alcançar: o processo equilibrado, razoável, adequadamente balanceado. Se o equilíbrio sempre foi de ouro para o direito e para o processo, mais ainda em quadras conturbadas como a que atravessamos.

O que torna um processo equilibrado? Em que pese a complexidade da questão, ao menos alguns traços relevantes podem ser aponta-

³⁸ José Carlos Barbosa Moreira, “O futuro da Justiça: alguns mitos”, *Temas de Direito Processual: oitava série*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 5.

dos aqui. Em um processo equilibrado, o predicado da efetividade não é aferido por um prisma puramente quantitativo, mas também qualitativo. Efetivo não é apenas o processo que, em pouco tempo, proporciona o bem da vida à parte que está com a razão, mas é também o processo que consegue respeitar as garantias de quem *não* tem razão. Até porque hoje em dia, como já foi reiterado, ficou muito mais árduo descobrir previamente a parte que está com a razão. Mais do que nunca, insista-se, é no processo, argumentando e debatendo, que a razão aparece.

Além disso, um processo equilibrado aposta na pluralidade de linhas axiológicas e técnicas. Ele não fecha portas. Abre-se para o amanhã sem descurar de experiências passadas, sendo estas repaginadas valorativamente. Se o formalismo já se confundiu com burocratismo e insensibilidade, hoje tem uma importante função garantística. O grande negócio do processo equilibrado é a diferenciação, a versatilidade, a aptidão para cuidar de situações heterogêneas. Surge aí uma clara convergência em relação à jusfilosofia predominante. Para o correto equacionamento dos casos considerados difíceis, o pós-positivismo exalta os princípios e a ponderação. São técnicas diferenciadas para casos especiais. Sem embargo, continuam ativos as regras e o método subsuntivo. Para cada caso, então, procura-se o arsenal adequado. É um grande esforço de diferenciação, que serve para valorizar os casos concretos. Da mesma forma deve atuar o processo contemporâneo: forte no pluralismo e na diversificação.³⁹

Enfim, um processo equilibrado deve realmente lutar pela aceleração da prestação jurisdicional, até incrementando o seu grau de publicização. Mas o preço não pode ser o sufocamento dos espaços reservados ao contraditório e à argumentação, nem o esvaziamento dos mecanismos de controle da atividade judicial. Uma tendência não pode esmagar a outra. É claro, repita-se, que chegar ao balanceamento adequado consiste em tarefa nem um pouco tranquila. Fica menos penosa, todavia, se considerar a orientação pluralista logo acima mencionada. Há tipos de causa em que o empenho pela celeridade deve ser encarecido (por exemplo as causas repetitivas, muito comuns na Justiça Federal). Já outras modalidades de litigância exigem, sem olvidar a preocupação com

39 Lembre-se a propósito de valia da cognição, que representa não só um ângulo visual importante para o estudo do processo no plano teórico e em sua realização concreta, mas também “uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e melhor preordenados à efetiva tutela de direitos materiais” (Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 111).

a morosidade, um forte investimento na participação e na dialética (por exemplo, certas causas ligadas a direitos fundamentais).

Atentos às exigências do processo equilibrado e pluralista, passemos a abordar a figura que protagoniza este trabalho, os embargos infringentes.

7. A REFORMA PROCESSUAL E OS EMBARGOS INFRINGENTES

Chegamos finalmente à questão culminante do trabalho. À vista de tudo que foi exposto, sustentaremos a conveniência de a reforma processual preservar os embargos infringentes.

É certo que o recurso sempre despertou bastante controvérsia. Por pouco não foi alijado do sistema introduzido pelo Código de Processo Civil de 1973. Conforme relata José Carlos Barbosa Moreira, a manutenção dos embargos infringentes, no Código de 1973, foi surpreendente: “O Anteprojeto Buzaid usara de lado os embargos de nulidade e infringentes, salvo como recurso cabível contra decisões proferidas nas ‘causas de alçada’ (art. 561). (...) No projeto definitivo, porém, reapareceu aquele recurso, com as mesmas características que ostentava no Código anterior, sem que a respectiva Exposição de Motivos trouxesse a explicação desse giro de 180º.”⁴⁰

Iniciada a vigência do estatuto processual de 1973, as críticas continuaram veementes. E elas se mostravam bem ponderosas naquela época. Afinal, qualquer divergência no julgamento de apelações e ações rescisórias, por mais estapafúrdia que fosse, já justificava os embargos infringentes. Não era, realmente, um formato razoável. A dilatação temporal provocada pelo recurso não se fazia acompanhar por uma contrapartida valorativamente forte.

Entre a manutenção integral e a abolição pura e simples dos embargos infringentes, optou o legislador brasileiro, sabiamente, pelo caminho intermediário. A Lei 10.352/01 manteve o recurso mas lhe após restrições relativas ao cabimento, de molde a torná-lo muito mais razoável.⁴¹ Passou

⁴⁰ José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil...*, cit., p. 518-519.

⁴¹ Na mensagem do Executivo que acompanhou o respectivo projeto, restou consignado (reprodução extraída de Fernando Ferraz Monte Bochio, “A interpretação dos ‘novos’ embargos infringentes interpostos de julgamento de apelação”, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadores, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 247-248): “No alusivo ao recurso de embargos infringentes, a Comissão de Reforma recebeu sugestões as mais díspares, inclusive no sentido de sua extinção. Embora sem paralelo no direito comparado, cuida-se todavia de meio de impugnação amplamente acolhido na tradição brasileira, e com bons resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. (...)”

a prevalecer então (pelo menos no que diz respeito aos embargos infringentes derivados de apelação) critério que Cândido Rangel Dinamarco chama de “futebolístico”, à medida que o cabimento do recurso exige um “empate” de dois a dois — de um lado, o juiz de primeiro grau e o voto vencido na apelação; do outro, os dois votos vencedores —, ficando o desempate para a hora dos embargos infringentes, que funcionam como “prorrogação”.⁴² Outra alteração importante foi canalizar os embargos infringentes para os provimentos de mérito. Na redação original do art. 530 do CPC, dizia-se simplesmente: “Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória.” Após a Lei 10.352/01, o recurso passou a caber somente “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.” Reviveu-se dessa forma, indiretamente, o sistema de 1939, quando a apelação era dirigida apenas contra sentenças definitivas (art. 820 do CPC de 39⁴³).

A Lei 10.352/01 veio atestar a perseverança dos embargos infringentes em solo brasileiro. Nas palavras de Gisele Heloisa Cunha, “não há notícia da existência de um recurso que seja tão duramente criticado, e que, a despeito dos rigores da crítica, mantém-se no sistema recursal”.⁴⁴ Mesmo no novo formato, contudo, os embargos infringentes continuaram a atrair críticas e propostas de abolição, embora sem a mesma intensidade do período anterior às alterações promovidas pela Lei 10.352/01.⁴⁵ Por que o recurso deveria ser extinto? Porque ele continuaria sendo, segundo seus detratores, um recurso desprovido de maior utilidade, só servindo mesmo à procrastinação da tutela jurisdicional, tratando-se além do mais de uma figura sem equivalente no direito processual comparado.

Por outro lado, não são poucos, nem irrelevantes, os defensores do recurso.

42 Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 198.

43 “Salvo disposição em contrário, caberá apelação das decisões definitivas de primeira instância.”

44 Gisele Heloisa Cunha, *Embargos Infringentes*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

45 Vale mencionar, exemplificativamente, alguns autores desfavoráveis ao recurso: Alexandre Freitas Câmara (*Lições de Direito Processual Civil*, v. II, 15ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 100-101), Carlos Alberto Carmona (“O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica”, in Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadores, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 37-40), Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes (“Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro...”, cit., p. 128, especificamente na nota 71, na qual os autores inserem os embargos infringentes entre os “recursos absolutamente incongruentes”), José Rogério Cruz e Tucci (*Lineamentos da Nova Reforma do CPC*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 121-122) e Vicente Greco Filho (*Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 359-360).

Uma primeira opinião simpática vem da pena qualificada de José Carlos Barbosa Moreira, que já chegou a se pronunciar contrariamente à sobrevivência dos embargos infringentes. Com base porém na sua experiência judicante, Barbosa Moreira mudou de ideia e passou a preconizar a manutenção do recurso, contanto que houvesse restrições no respectivo cabimento, o que acabou se concretizando com a Lei 10.352/01.⁴⁶

Flávio Cheim Jorge é outro defensor dos embargos infringentes, posição que já exibia antes até das alterações da Lei 10.352/01. Ele mira principalmente a questão da segurança jurídica: “mesmo em um tribunal de segundo grau que não tem por fim precípuo a interpretação e a uniformidade de uma lei federal, como ocorre no Superior Tribunal de Justiça, é inegável a situação de que, sendo uma decisão proferida por maioria de votos, a certeza do direito estará abalada, afastando-se também a segurança jurídica.”⁴⁷ Lembra o autor, ainda, que o voto do relator do recurso, nos tribunais brasileiros, quase sempre é acompanhado pelos demais integrantes da turma julgadora. “Dessa forma”, completa, “quando existe alguma divergência na Câmara ou Turma julgadora, faz-se necessário que haja novo julgamento, pois subentende-se que a matéria a ser reapreciada é de suma importância e merece ser devidamente esclarecida.”⁴⁸ Nem é preciso dizer que, após a Lei 10.352/01, os argumentos de Cheim Jorge ganharam uma consistência bem maior.

Pelo mesmo caminho segue Sérgio Shimura (escrevendo depois da Lei 10.352/01): “quando existe divergência na votação, divisa-se um momento de reflexão maior sobre determinado assunto, exigido maior cuidado em algum detalhe, criando-se, então, um espaço na sofreguidão da rotina invencível dos julgamentos. Também se oportuniza a composição das diferenças dentro do colegiado. Vislumbram-se, destarte, motivos para a permanência dos embargos infringentes em nosso sistema recursal.”⁴⁹

Por seu turno, Pedro Miranda de Oliveira rebate com vigor a argumentação favorável à extinção dos embargos infringentes: “Ora, dizer que o recurso deve ser abolido do sistema simplesmente porque subsiste

46 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil...*, cit., p. 520.

47 Flávio Cheim Jorge, “Embargos infringentes: uma visão atual”, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 262.

48 Flávio Cheim Jorge, “Embargos infringentes: uma visão atual”, cit., p. 264.

49 Sérgio Shimura, “Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01)”, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 498.

apenas no Brasil não é argumento convincente. Aliás, tal argumento é de uma inconsistência que rivaliza com sua impertinência. Isso nos faria crer que nossa ciência processual estaria um passo atrás da desenvolvida no continente europeu. E isso, definitivamente, não é verdade.”⁵⁰

Réplica semelhante é trazida por Gisele Heloisa Cunha: “não nos parece exato invocar a fonte histórica do instituto como fundamento de sua crítica, notadamente sua raiz medieval, ou entenderíamos medievais e fora de propósito vários institutos do processo que vigoram ainda hoje no sistema jurídico.”⁵¹

Para não esticar em demasia as citações, fiquemos apenas com mais uma, extraída do conhecido *Curso Avançado*, de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida: “a experiência tem mostrado sua [dos embargos infringentes] importância para o aprimoramento da prestação jurisdicional, na exata medida em que permite nova reflexão a respeito das questões trazidas ao tribunal, a partir do voto divergente obtido no julgamento colegiado.”⁵²

Expostos brevemente aspectos históricos do recurso e a polêmica que o cerca, é hora de alinhar as nossas razões em prol da manutenção dos embargos infringentes na grande reforma processual em andamento.

Antes de mais nada, cumpre refutar o discurso que atribui aos recursos grande parte da responsabilidade pela morosidade do processo.⁵³ Muito forte na mídia brasileira, ele transita bem, igualmente, entre os profissionais jurídicos. Como todo discurso reducionista, privilegia superfícies e não mostra maior disposição para enfrentar dados empíricos ou nuances do problema. Recursos atrasam o processo? Certamente que sim. Mas o próprio processo atrasa a vida. Nada mais rápido e fulminante do que a autotutela. Só que a civilização atual deplora, felizmente, a justiça pelas próprias mãos. Há então a necessidade imperiosa do processo, por mais

50 Pedro Miranda de Oliveira, “O novo regime dos embargos infringentes”, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 611.

51 Gisele Heloisa Cunha, “*Embargos Infringentes*”, cit., p. 51.

52 Luiz Rodrigues Wambier (coordenador), Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida, *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 643.

53 Fazendo a mesma crítica, confirmam-se: E. D. Moniz de Aragão, “Demasiados recursos?”, *Revista de Processo*, nº 136, jun. 2006, p. 9-31; Teresa Arruda Alvim Wambier, “Excesso de recursos, um bode expiatório” (entrevista), *Revista Jurídica Consulex*, nº 193, 31 de janeiro de 2005. A mesma Teresa Arruda Alvim Wambier escreveu (“Restrições indevidas ao direito de recorrer”, *Revista de Processo*, nº 130, dez. 2005, p. 249): “Por alguma razão, que se sabe bem qual é, o nosso sistema recursal foi eleito para ser tratado como se fosse a causa de todos os males da jurisdição, inclusive e principalmente da morosidade dos processos. Sabe-se que este diagnóstico não é inteiramente verdadeiro.”

pesado que seja para as pessoas e para a sociedade. O mesmo se pode dizer dos recursos. Também eles consistem em um “mal” necessário, dada a exigência intransponível de ser minimamente democrático o sistema de justiça. Dessa forma, a “perda” de tempo ocasionada pelos recursos apresenta um sentido nobre. Por sinal, quando o procedimento recursal se arrasta demais, é preciso investigar com cuidado. Há disfunções que se materializam no campo recursal, mas na verdade possuem causas exteriores. Por exemplo: se uma corte gasta anos simplesmente para distribuir uma apelação, a culpa é do instituto dos recursos? Evidentemente que não. Mas são os recursos que acabam levando a má fama.

Nesse contexto adverso aos recursos, listam-se várias questões que não são devidamente consideradas. Porventura o “atraso” gerado pelos recursos é uniforme país afora? Afeta de igual forma Justiça Federal e Justiças estaduais? A área cível sofre tanto quanto a área penal? Nesta última parece realmente haver motivo para inquietação, à medida que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal transformou a presunção de inocência em um superprincípio, reduzindo drasticamente a possibilidade de efetivação de medidas privativas de liberdade na pendência de quaisquer recursos (o que provoca situações clamorosas de impunidade). Será porém que o mesmo quadro se estende à Justiça cível? Essas e outras questões, conquanto relevantes, acabam soterradas pela caudalosa maré de repúdio aos recursos.

No plano mais dogmático, o panorama atual mostra-se da mesma forma desalentador para os recursos, que se acham recobertos por aquilo que podemos chamar de uma “bolha processual”. Bolha processual? Esclareça-se o significado: uma bolha tem a propriedade de isolar certos institutos dos avanços — ou parte expressiva desses avanços — da ciência processual. É sem dúvida o que está acontecendo com os recursos.⁵⁴ Repare-se, a propósito, que os desenvolvimentos recentes do princípio do contraditório (sobre os quais falamos na seção anterior) sentem uma dificuldade muito grande para penetrar no campo recursal. Pudera. É um campo no qual só têm sido ouvidos alguns verbos monocromáticos: eliminar, restringir, reter, sobrestar... Desse jeito, olvida-se a extrema relevância dos recursos para a configuração de um processo realmente democrático.

54 A jurisdição voluntária é outro bom exemplo de bolha processual, pois continua alheia a um regime minimamente garantístico (cf. Leonardo Greco, *Jurisdição Voluntária Moderna*, São Paulo, Dialética, 2003). Por seu turno, a execução durante muito tempo se mostrou inacessível aos esforços em prol da efetividade da jurisdição, quadro que se alterou nos últimos anos (cf. José Augusto Garcia de Sousa, “A nova execução civil: o que falta mudar”, *Revista Forense*, nº 394, nov./dez. 2007, p. 159-186).

É claro que essa corrente antirrecursos ajuda a empurrar os embargos infringentes para a beira do cadafalso, pois consistiriam eles na modalidade recursal mais “descartável” de todas, tanto assim que só no Brasil existe. No entanto, tal efeito, a bem da lógica, não deveria suceder, e aí vai um primeiro — e irresponsável — argumento a favor da preservação dos embargos infringentes. Explique-se. O discurso contra os recursos apoia-se no salutar propósito da celeridade. Podar os recursos seria um dos remédios mais potentes contra o inegável mal da morosidade. Só que extinguir os embargos infringentes não vai auxiliar em nada a campanha contra a morosidade, pela simples razão de que eles são, em termos numéricos, absolutamente insignificantes. Os próprios desembargadores, a bem do caso específico ou mesmo por comodidade pessoal, evitam ao máximo produzir julgados não unânimes. Só divergências muito sérias são convertidas efetivamente em votos vencidos. Transformaram-se os embargos infringentes, principalmente após a Lei 10.352/01, em ave raríssima na nossa paisagem pretoriana.

Assim, o primeiro argumento que se lança aqui já bastaria. Eliminar os embargos infringentes a troco de quê? O ganho em termos de celeridade, globalmente falando, seria nulo. À vista dessa constatação elementar, perde sentido por completo a proposta de eliminação.

Não existe, portanto, motivo para acabar. Pergunta-se por outro lado: e para manter o recurso? Haveria razões fortes? Em outras palavras, os embargos infringentes apresentam virtudes que justifiquem a sua preservação, sob um prisma positivo? Pensamos que sim.

Como acabou de ser visto, trata-se de recurso raro no cotidiano forense. Apesar disso, trazem os embargos infringentes benefícios bastante transcendentais para o sistema de justiça. Aliás, um bom sistema de justiça não deve contar apenas com remédios de massa, utilizáveis na maioria dos casos. Precisa também de produtos singulares, dotados de valias específicas. Daí por exemplo o incremento das tutelas diferenciadas, bem como a ascensão da arbitragem (um meio alternativo valioso, mas que serve a muito poucos). É da mescla entre remédios de massa e artigos de uso especial que se faz um sistema reverente às garantias fundamentais do processo.

Um primeiro traço positivo dos embargos infringentes diz respeito à segurança jurídica, valor fundamental da nossa Constituição (art. 5º, *caput*). Quando derivados de apelação, lembre-se, somente são cabíveis

na hipótese de um “empate” de dois a dois. Segundo Vicente Greco Filho, seria falsa essa ideia de empate, “porque as decisões de primeiro e as de segundo grau são qualificadas e proferidas em perspectivas diferentes.”⁵⁵ Do ponto de vista formal, Greco Filho tem razão. Mas o que se quer hoje é um direito processual voltado cada vez mais para a substância, e à luz desse prisma substancial o que se enxerga, de fato, é um empate. Também os magistrados dos órgãos *a quo*, por óbvio, estão plenamente investidos de jurisdição. Não são meros conciliadores ou juízes leigos. Dessa forma, mesmo considerando o peso formalmente superior dos votos oriundos do órgão *ad quem*, fica caracterizada sem dúvida, sob o ângulo substancial, uma situação aguda de incerteza, insegurança. Só que a jurisdição existe exatamente para aplacar as crises de incerteza e insegurança que grassam no meio social. Jurisdição incerta não é jurisdição, é uma contradição em termos. Quando o nosso Código de Processo Civil exige que as sentenças sejam certas, ainda quando decidam relação jurídica condicional (art. 460, par. único), está apenas sendo didático. O artigo nem precisaria existir.

Configurada a incerteza, surgem os embargos infringentes, trazendo a solução, o desempate. É um desempate virtuoso, não só sob a perspectiva numérica mas também do ponto de vista procedimental, à medida que o recurso permite a reapreciação da matéria controvertida em bases privilegiadas, ficando o respectivo julgamento por conta exclusivamente da controvérsia. Assim, os embargos infringentes prestam realmente uma grande contribuição à segurança jurídica no terreno processual, dissolvendo situações de gritante incerteza. Confirma-se o que escrevemos há pouco: apesar de raros, os embargos infringentes trazem benefícios bastante transcendentais. Sem eles, graves incertezas judiciais não conseguiriam ser atacadas e suprimidas, ao menos no que concerne às vias ordinárias (sendo certo que as vias excepcionais estão cada vez mais inacessíveis). Em suma, situações raras e especiais de insegurança demandam um recurso igualmente raro e especial, os embargos infringentes. É um mecanismo imprescindível à afirmação da “cidadania processual” (expressão muito feliz de Sérgio Gilberto Porto⁵⁶).

Aduza-se que, no tocante aos julgados não unânimes de procedência em ações rescisórias, o apoio dos embargos infringentes à segurança

55 Vicente Greco, *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2, cit., p. 359.

56 Sérgio Gilberto Porto, “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”, *Revista de Processo*, nº 112, out./dez. 2003, p. 23-32.

jurídica talvez se mostre ainda mais pronunciado.⁵⁷ Afinal, o que está em jogo é a própria coisa julgada, bastião maior da segurança no campo processual. Pensemos a propósito em um caso no qual o pleito rescisório tenha sido acolhido em função de apertada maioria. Seria razoável subtrair do sistema a possibilidade de um reexame ordinário da matéria? Certamente que não.

Outro aspecto muito positivo dos embargos infringentes, ligado ao que acabamos de ver, é o fato de representarem mecanismo destinado a pacificar conflitos jurisprudenciais. Numa época que valoriza intensamente tais mecanismos, os embargos infringentes devem ser estimulados e não suprimidos, assim como não devem ser suprimidos o incidente de uniformização de jurisprudência, o recurso especial fundado no dissídio jurisprudencial e os embargos de divergência. No caso específico dos embargos infringentes, saliente-se que eles desempenham um papel muito peculiar, servindo à promoção de decisões inovadoras dos juizes de primeiro grau. Pedro Miranda de Oliveira explica muito bem como isso acontece: “Destacamos como principal fator para mantê-los sua função de ‘ventilar’ a jurisprudência, trazendo à tona os entendimentos minoritários de vanguarda. Sabemos que o processo de mudança da jurisprudência é lento. E o processo se dá de baixo para cima e não o inverso. Os entendimentos surgem, invariavelmente, no primeiro grau de jurisprudência, e começam a seduzir, aos poucos, um ou outro membro dos tribunais. Para que esses entendimentos tomem corpo dentro das cortes não podemos podá-los ainda dentro das câmaras. É necessário levá-los para órgãos que tenham um maior número de membros. E o meio pelo qual se atinge esse fim é o recurso de embargos infringentes. Não existisse tal veículo quantos entendimentos vanguardistas teriam morrido com seus votos minoritários?”⁵⁸

Esse efeito de consolidação de teses inovadoras, proporcionado pelos embargos infringentes, já é notável, mas insinua algo ainda maior. Insinua a grande virtude objetiva do recurso, que é a de contribuir para o fortalecimento da argumentação no ambiente processual. Consoante

57 Nesse sentido, manifesta-se Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, v. II, cit., p. 102: “a decisão que, por maioria, julga procedente o pedido de rescisão revela uma divergência quanto a ser ou não caso de desconstituição da coisa julgada material. Sendo esta uma garantia de estabilidade jurídica e social, considerou-se necessária a existência de um mecanismo que permitisse conferir o acerto de tal desconstituição, e tal mecanismo é o recurso chamado de embargos infringentes.”

58 Pedro Miranda de Oliveira, “O novo regime dos embargos infringentes”, cit., p. 611-612.

foi examinado anteriormente, em tópico específico, uma das tendências marcantes do processo contemporâneo é privilegiar o contraditório, a participação e a argumentação. Significativa, para essa tendência, é a colaboração dos embargos infringentes.

De uma forma geral, qualquer recurso, em maior ou menor grau, consubstancia terreno fértil para a argumentação. “O julgamento nas instâncias recursais”, demonstra Paulo Roberto Soares Mendonça, “é nitidamente fundado em um processo argumentativo, com a discussão de teses entre os juízes e a exposição individualizada dos votos.”⁵⁹ Nos embargos infringentes, sobe de tom essa índole argumentativa. Afinal, há um fator que faz toda a diferença: a divergência em que o recurso está baseado. O mesmo Soares Mendonça aduz: “Os órgãos colegiados ainda são de grande interesse para a Teoria da Argumentação, quando aplicada ao direito, porque existe a possibilidade do registro do chamado ‘voto de divergência’ por parte do juiz, cuja tese não tenha prevalecido no órgão colegiado. Em tal circunstância fica evidente o caráter argumentativo das decisões dos tribunais, inclusive com o reconhecimento oficial da tese minoritária (‘voto vencido’).”⁶⁰

Na hipótese então de eliminação dos embargos infringentes, toda essa estrutura voltada para a argumentação se perderia, o que seria lastimável. E mais. Um autêntico anticlímax, do ponto de vista argumentativo, seria produzido. Mal se manifestaria a polêmica nos autos, revelada pelo julgamento colegiado, e ela se veria abruptamente abortada nas vias ordinárias, restando inexploradas as ricas perspectivas hermenêuticas ligadas ao aprofundamento da discussão. Ou seja, no momento mais propício ao acirramento argumentativo da controvérsia, esta subitamente se fecharia. Lembrando sempre: após a Lei 10.352/01, só polêmicas qualificadas — em que a “minoría” é composta pelo entendimento comum de dois magistrados — dão ensejo aos embargos infringentes.

Nunca é demais repisar a ênfase argumentativa do processo dos nossos dias, filho do pós-positivismo e da pós-modernidade. Eventual abolição dos embargos infringentes, insista-se, entraria em choque com esse viés argumentativo do processo contemporâneo. Estaríamos fechando os olhos para contextos de grande relevância, o que se poria em frontal con-

⁵⁹ Paulo Roberto Soares Mendonça, *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, cit., p. 142.

⁶⁰ Paulo Roberto Soares Mendonça, *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, cit., p. 142-143.

tradição com a metodologia instrumentalista, que preconiza justamente uma visão contextualizada do direito processual.⁶¹

Essas virtudes objetivas que acabamos de enunciar já são muito ponderosas, mas não são as únicas. Também sob a ótica subjetiva, vantagens nem um pouco desprezíveis podem ser contabilizadas. E dão a perceber, mais uma vez, que a manutenção dos embargos infringentes vai ao encontro de linhas altamente prestigiadas pela dogmática processual contemporânea.

Tomemos, com efeito, a perspectiva dos “consumidores” dos serviços jurídicos. Como se sabe, um dos aspectos revolucionários do movimento do acesso à justiça, quicá o aspecto mais revolucionário, foi propor a substituição da tradicional perspectiva dos “produtores” do sistema pela perspectiva dos “consumidores”. Com a palavra, o grande comandante do movimento do acesso à justiça, Mauro Cappelletti: “(...) essa foi, essencialmente, a perspectiva dos *processors*, ou seja, daqueles que chamaríamos os produtores do sistema; enquanto, ao contrário, o nosso ponto de vista é aquele dos *consumers of law and government*. Mas é, precisamente, esta nova perspectiva a que melhor convém, obviamente, a uma sociedade democrática, livre e aberta, que deve pretender que os seus *official processors* assumam sua função não numa visão ‘ptolomaica’ do direito e do Estado, mas em vista do bem-estar dos consumidores, que é como dizer que o direito e o Estado devem, finalmente, ser vistos por aquilo que são: como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice-versa.”⁶²

Mais concretamente, o que significa essa perspectiva dos consumidores? Significa, basicamente, vestir as sandálias do jurisdicionado leigo, procurar auscultar as suas agruras, não esquecer do pensamento da “sociedade aberta” de Peter Häberle em qualquer operação hermenêutica. Significa, também, preocupar-se com *l’uomo della strada* de Piero Calamandrei, “o homem simples, ingênuo e destituído de conhecimentos jurídicos, mas capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto”.⁶³ É a partir da perspectiva dos consumidores

61 Que é, naturalmente, a mesma visão preconizada pelo movimento do acesso à justiça, caríssimo à fase instrumentalista. Declara Mauro Cappelletti (“Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, *Revista Forense*, nº. 326, abr./jun. 1994, p. 121): “O resultado do enfoque do acesso à Justiça é uma concepção ‘contextual’ do direito.”

62 Mauro Cappelletti, “Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento”, *Processo, Ideologias e Sociedade*, v. 1, tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 393.

63 Cândido Rangel Dinamarco, “Relativizar a coisa julgada material”, *Revista de Processo*, nº 109, jan./mar. 2003, p. 32.

dos serviços jurídicos que se firma a tutela jurisdicional como uma tutela voltada não exatamente para direitos, mas sim para pessoas, mirando sobretudo a felicidade e a melhor qualidade de vida delas.⁶⁴

Olhos postos na perspectiva dos consumidores, indague-se: o que pensará o homem do povo, o bom pai de família, acerca de um processo em que ele seja parte e se configure o referido “empate” de dois a dois? Ele vai pensar, à evidência, que deve haver um desempate, um “tira-teima”, coisa a cargo dos embargos infringentes. Sem o recurso, enorme seria a perplexidade — e o inconformismo — do homem da rua prejudicado: “se ficaram do meu lado tantos homens da lei quantos ficaram do outro lado, como pode o outro lado ter vencido?” Nada mais natural. O próprio beneficiado pela ausência dos embargos infringentes estranharia (mas aí, evidentemente, seria uma surpresa bastante agradável). Seja qual for a posição na lide, não é compreensível para o homem médio a falta de um desempate nas hipóteses que propiciam, de acordo com a Lei 10.352/01, os embargos infringentes. E um sistema processual de cariz humanista, sensível à perspectiva dos consumidores dos serviços jurídicos, não pode permitir jamais a dor e o inconformismo profundos de um jurisdicionado que se descobre derrotado mesmo tendo a seu favor o mesmo número de magistrados que apoiou a parte vencedora.

É certo que mentes mais pragmáticas podem julgar excessivamente individualista a perspectiva dos consumidores, devendo prevalecer uma ótica mais coletivista. Várias são as razões pelas quais essa eventual réplica não merece ser acolhida. Primeiro lugar: como já frisamos, o fim dos embargos infringentes não beneficiaria minimamente o interesse coletivo. Porém, ainda que o fizesse, é preciso ver que a ordem jurídico-constitucional brasileira tem como valor central a dignidade da pessoa humana. Em qualquer canto do nosso ordenamento, os interesses coletivos podem ser considerados, mas desde que não se olvidem, em momento algum, os

64 Em texto primoroso, Ieciona Cândido Rangel Dinamarco (“Tutela jurisdicional”, *Revista de Processo*, nº 81, jan./mar. 1996, p. 71-72): “A tutela jurisdicional de que se trata pela ótica do processo civil *de resultados* não é uma tutela a *direitos* mas a *pessoas*. Nem teria legitimidade metodológica, neste quadrante histórico em que as investigações do processualista moderno centram-se no ideal de valorização do homem, continuar exaltando a tutela dos *direitos* como se o direito subjetivo fosse um ente em si mesmo merecedor de ajuda ou proteção. Como técnica destinada a proporcionar *ao homem* melhor qualidade de vida e melhores condições de felicidade pessoal, o direito objetivo tem no processo um instrumento para sua atuação e consequente efetividade (tal é o escopo jurídico do sistema processual), mas não haveria por que erigi-lo em objetivo final e objeto central das preocupações do Estado e do cientista do direito”.

lídimos anseios individuais.⁶⁵ E mais. A preservação dos embargos infringentes não privilegia apenas a perspectiva dos consumidores. Atente-se para a perspectiva mais geral do sistema processual brasileiro, calcado fortemente na inafastabilidade substancial do controle jurisdicional. Seria compatível, com um sistema assim, a possibilidade de a esfera jurídica de alguém sofrer prejuízo com base em uma decisão extremamente dividida? Não parece nem um pouco.

Toda a nossa argumentação ganha ainda maior densidade quando se imagina a hipótese de a decisão dividida envolver direitos fundamentais. Dentro do universo das decisões suscetíveis de ataque pela via dos embargos infringentes, é uma hipótese nada rara. Tome-se como exemplo um caso em que estamos atuando, na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Foi movida ação para que determinado preso, ex-policia militar (excluído da corporação em razão do crime que cometeu), pudesse continuar cumprindo sua pena em prisão reservada a policiais. Não temos a menor simpatia em relação a prisões especiais, mas o caso é diferente. Por mais hediondo que tenha sido o crime perpetrado, não se admite entre nós a pena de morte. E muito provavelmente seria essa a pena que colheria o autor da demanda caso fosse transferido para uma prisão comum. O risco seria altíssimo. Ele ficaria logicamente separado dos outros presos, mas na primeira rebelião que ocorresse — algo frequente em nosso caótico sistema penitenciário — seria alcançado e chacinado. Portanto, a causa diz respeito realmente a direitos fundamentais. Em jogo está o direito mais fundamental de todos: a vida.

Pois bem, deu “empate” nesse processo relacionado a direitos fundamentais: a sentença de procedência foi reformada por maioria em grau de apelação. Interpuseram-se então embargos infringentes e a controvérsia foi submetida à Câmara Cível em que oficiamos, tendo esta, enfim, dado provimento ao recurso (no tocante ao mérito, por unanimidade), restaurando a sentença de procedência.⁶⁶ Portanto, se não houvesse os

65 No próprio direito administrativo, tal orientação tem sido valorizada. Confira-se a respeito Daniel Sarmiento (organizador), *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

66 Embargos Infringentes 2008.005.00440, Rel. Jds. Des. Mauro Martins, Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgamento em 21/01/10. Vale acrescentar que se trata de mandado de segurança, o que complicou bastante o julgamento dos embargos infringentes (interpostos pelo defensor público da Câmara Cível que julgou a apelação — no Rio de Janeiro, os embargos infringentes são julgados por Câmara diversa). Ainda que não fosse aplicável a nova legislação do mandado de segurança — a Lei 12.016/09 foi editada após a interposição do recurso —, que veda expressamente os embargos infringentes, a jurisprudência já era bem sólida no mesmo sentido. Não obstante, a Décima Primeira Câmara Cível, com admirável espírito instrumentalista, acolheu a nossa argumentação em prol do cabimento do recurso (por maioria de três a dois), dada a relevância da causa. No mérito, depois de ultrapassada por estreita maioria a preliminar, o julgamento foi unânime, como já mencionado.

embargos infringentes, teria ficado incólume julgado desfavorável aos direitos fundamentais (com remota chance de mudança nas instâncias excepcionais), apesar da funda divergência ocorrida, o que representaria verdadeira aberração do ponto de vista constitucional. Em nossa ordem jurídica, e em qualquer ordem democrática, a proteção aos direitos fundamentais deve ser a mais ampla e substancial possível, inclusive — e principalmente — no âmbito judiciário. O processo da era pós-positivista é um processo visceralmente amigo dos direitos fundamentais.

Independentemente de todas as razões já expendidas, só o caso concreto que acabamos de mencionar já é suficiente para demonstrar o imperativo da manutenção dos embargos infringentes. Uma ordem processual reverente às garantias fundamentais, já o dissemos, não descuida das necessidades especiais apresentadas por determinados casos. Levar a sério a dignidade humana é valorizar a riqueza e a complexidade dos casos concretos, não deixando nenhuma peculiaridade relevante sem tratamento adequado. Um sistema processual insensível à diversidade é um sistema que, a pretexto de agradar às estatísticas, acaba esquecendo o homem. Nos casos envolvendo afirmação de direitos fundamentais, mostra-se absolutamente imprescindível, insista-se, o “desempate” propiciado pelos embargos infringentes, sobretudo quando os direitos fundamentais parecem estar levando a pior (como ocorreu no caso extraído da nossa vivência prática).

8. ENFIM, UM RECURSO INDISPENSÁVEL

Estão enunciadas, pois, as virtudes maiores dos embargos infringentes. À vista dessas virtudes, verifica-se que o recurso ostenta uma relação custo-benefício formidável. Por um lado, dada a excepcionalidade do seu cabimento, é um recurso “barato” e que “pesa” pouco, não atrapalhando minimamente, em termos globais, a meta da aceleração da prestação jurisdicional no Brasil. Por outro lado, os embargos infringentes, quando ativados, produzem efeitos notáveis para as partes e para o sistema, subjetiva e objetivamente.

Não é nada fácil, reitere-se, estruturar um ordenamento processual equilibrado. Achar o ponto ótimo de equilíbrio afigura-se, assiduamente, tarefa das mais inglórias. Isso não impede que seja percebida a existência de algumas medidas claramente irrazoáveis e infensas ao almejado equilíbrio. Uma dessas medidas impróprias, por tudo que foi visto aqui, seria a abolição dos embargos infringentes.

Aduza-se que abolir agora os embargos infringentes seria desconsiderar o salto evolutivo trazido pela relativamente recente Lei 10.352/01, que conseguiu dotar o recurso de um perfil mais equilibrado e razoável.⁶⁷ Não bastasse, incidiríamos em vezo repetidamente criticado por José Carlos Barbosa Moreira: proceder a reformas processuais desligadas de estudos empíricos adequados e sólidos. Com efeito, quem sabe dizer o percentual de embargos infringentes providos em território brasileiro? Aparentemente, um bom número acaba tendo provimento. Confirmando-se tal impressão, fica ainda mais indefensável a eliminação do recurso.

Vamos ainda além. O melhor, em verdade, seria ampliar um pouco o cabimento dos embargos infringentes, suprimindo-se a sua adstrição a julgamentos de mérito. Quase não arranhando a excepcionalidade dos embargos infringentes, tal modificação teria o condão de simplificar bastante o cabimento do recurso, desvinculando-o da tormentosa questão do mérito. Conforme a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, “definir o que seja o mérito é um dos problemas mais árduos da ciência do processo”.

O principal mesmo, porém, é conservar os embargos infringentes, homenageando assim linhas evolutivas da mais alta significação na dogmática contemporânea. Se a complexidade do direito cresce exponencialmente nos dias atuais, não há lógica nenhuma em tornar o sistema processual mais arredo à argumentação e ao debate. Diminuir por diminuir o número de recursos, em atenção ao mantra de que há recursos em excesso entre nós, não vai contribuir, certamente, para o aperfeiçoamento do processo civil brasileiro.

9. RESENHA FINAL

Seguem, de forma resumida, as ideias principais deste trabalho:

A) Sem se negar de maneira alguma o mérito da dura batalha travada contra o tempo em terras processuais, não se pode deixar de observar que o processo, paradoxalmente, carece cada vez mais do seu grande inimigo! De fato, à medida que o processo judicial vai ganhando complexidade e transcendência sem precedentes na história, um tempo

67 Sobre a Lei 10.352/01, que conseguiu melhorar bastante o recurso, sem o extinguir, afirmam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 314): “Pensamos, por conseguinte, ter agido com equilíbrio o legislador, ao restringir a hipótese de cabimento dos embargos, sem bani-los da sistemática dos recursos no processo civil brasileiro.”

mais dilatado — para argumentos e debates — lhe é indispensável em não poucos casos. Eis aí o grande dilema do processo nos dias atuais.

B) Velocidade e incerteza são dois grandes signos do nosso tempo, intimamente conectados. O ritmo acelerado atropela sem dó os juízos reflexivos. O homem contemporâneo não consegue processar a contento tantas transformações súbitas, impulsionadas por uma tecnologia cada vez mais prodigiosa. Ocorre que o tempo da filosofia, evidentemente, mantém-se muito mais cadenciado. Desse hiato crescente entre a filosofia e a tecnologia, já quase um abismo, derivam, como não poderia deixar de ser, perplexidades insolúveis, combustível poderoso para a grande fogueira da incerteza. Agravando o estado de incerteza, temos a presença do pluralismo, outra força marcante do mundo contemporâneo. O pluralismo apresenta aspectos bastante salutares, mas não opera maravilhas apenas. Ele tem um grande potencial para gerar inquietude e desnortamento, sobretudo quando desarruma — com o posterior endosso do direito — convicções seculares em temas-chave.

C) Naturalmente, também o direito é um território tomado hoje pela incerteza e pelo pluralismo. Isso contribui para o avigoreamento da faceta discursiva do direito. Numa era de incertezas, tal efeito é bastante esperado. Se faltam as verdades (apriorísticas) essenciais, é preciso buscar novas formas de legitimar as decisões. Em outros tempos, a melhor decisão bastava revelar: era aquela apontada por um prévio comando de lei. Hoje, temos um bom número de causas que não mais se sujeita a esse esquema subsuntivo. Nessas causas, a melhor decisão deve ser *construída*, por meio do incremento da atividade argumentativa, envolvendo os sujeitos do processo. Não se tem assim o mesmo propósito de chegar à decisão “certa” — conforme o paradigma legalista —, mas em compensação se agregam participação e inegáveis virtudes democráticas ao procedimento decisório. É essa a racionalidade jurídica talhada para um tempo no qual a “certeza” quase não se encontra mais nas prateleiras dos supermercados...

D) O processo assume, dentro da nova racionalidade jurídica, uma função ímpar, servindo como palco privilegiado para o fomento da atividade argumentativa. É a instância argumentativa diletta do pós-positivismo.

E) Altera-se também, com a incidência da racionalidade pós-positivista, a própria teleologia do processo. Ele deixa de ser o instrumento destinado puramente a declarar e realizar um direito material prévio. Nos

dias atuais, mais do que nunca, o processo — é preciso dizer com todas as letras, sem ressalvas — *cria* direitos.

F) Reconhecida a existência de um processo autenticamente criador de direitos, a argumentação — cujo incremento contribuiu para a própria formação desse novo modelo — fica ainda mais valorizada. Um processo criador assume graves responsabilidades, perante a sociedade e o Estado. Logo, deve atrair controles mais severos, sob pena de gerar imperdoável déficit democrático. Vem daí a necessidade imperiosa de procedimentos e técnicas que estimulem a argumentação e o debate no seio do processo. Só assim se legitimará democraticamente a crescente atividade criativa do Judiciário.

G) A dogmática processual tem captado muito bem a necessidade de fortalecimento da atividade argumentativa no processo. Sinal claro disso se vê nas ricas abordagens teóricas acerca do princípio do contraditório. Trata-se possivelmente do princípio mais reverenciado pela doutrina processual contemporânea. Graças a tal empenho, a visão formal e limitada do contraditório, como mera ciência bilateral dos atos do processo acompanhada da possibilidade de uma reação, vai ficando superada. Em seu lugar, tem prevalecido uma leitura substancialista e dinâmica do princípio, de resto uma leitura bastante apreciada na era pós-positivista.

H) É pena, não se deixe de observar, que a valorização do contraditório e da argumentação não tenha sido ainda assimilada na área recursal. Pelo contrário, o que se tem visto, sem maior reação da doutrina, é um contínuo sufocamento das chances de argumentação nessa área. O melhor exemplo a respeito é o agravo interno, na prática um melancólico simulacro de meio impugnativo, sem nenhum poder de fogo. Urge então que também o processo nos tribunais se veja bafejado pelo contraditório ativo e dinâmico. Independentemente de qualquer alteração legislativa, recomendam-se várias mudanças de rota. No mínimo, se é permitida sustentação oral no julgamento das apelações, a mesma possibilidade deve ser assegurada no julgamento dos agravos internos derivados de apelação.

I) Sem embargo do déficit garantístico verificado na área recursal, o fortalecimento do contraditório e da argumentação é, sem dúvida, uma tendência vigorosa do processo contemporâneo. Tanto assim que se fala na emergência de um novo princípio processual, o princípio da cooperação, encarecendo ao máximo o diálogo entre o juiz e as partes. Dessa forma, ao lado da demanda incessante por celeridade, uma outra tendência

também se desenvolve, não exatamente oposta à primeira, mas podendo sim atíçar colisões. De fato, um processo forte no diálogo e no debate exige mais tempo. É um acréscimo de tempo inegavelmente bem empregado — mas, ainda assim, acréscimo de tempo.

J) Não somos contrários, de maneira alguma, e nem poderíamos ser, à empresa da aceleração da prestação jurisdicional. Sem embargo, é evidente que a celeridade processual não pode ser vista como valor absoluto e invencível, um direito magno a se deslocar no solo processual com a pujança de um rolo compressor. Não. Também a celeridade é meio, não fim. Sem que haja um mínimo de qualidade na prestação jurisdicional, o sentido positivo da celeridade desvirtua-se por completo. Se a decisão judicial é equivocada, melhor que venha morosa do que a jato...

K) Se o equilíbrio sempre foi de ouro para o direito e para o processo, mais ainda em quadras conturbadas como a que atravessamos. O que torna um processo equilibrado? Em que pese a complexidade da questão, ao menos alguns traços relevantes podem ser apontados. Em um processo equilibrado, o predicado da efetividade não é aferido por um prisma puramente quantitativo, mas também qualitativo. Efetivo não é apenas o processo que, em pouco tempo, proporciona o bem da vida à parte que está com a razão, mas é também o processo que consegue respeitar as garantias de quem *não* tem razão. Até porque hoje em dia, como já foi reiterado, ficou muito mais árduo descobrir previamente a parte que está com a razão. Mais do que nunca, insista-se, é no processo, argumentando e debatendo, que a razão aparece.

L) Além disso, um processo equilibrado aposta na pluralidade de linhas axiológicas e técnicas. Ele não fecha portas. Abre-se para o amanhã sem descurar de experiências passadas, sendo estas repaginadas valorativamente. Se o formalismo já se confundiu com burocratismo e insensibilidade, hoje tem uma importante função garantística. O grande negócio do processo equilibrado é a diferenciação, a versatilidade, a aptidão para cuidar de situações heterogêneas. Surge aí uma clara convergência em relação à jusfilosofia predominante. Para o correto equacionamento dos casos considerados difíceis, o pós-positivismo exalta os princípios e a ponderação. São técnicas diferenciadas para casos especiais. Sem embargo, continuam ativos as regras e o método subsuntivo. Para cada caso, então, procura-se o arsenal adequado. É um grande esforço de diferenciação, que serve para valorizar os casos concretos. Da mesma forma deve atuar o processo contemporâneo: forte no pluralismo e na diversificação.

M) É à luz das exigências do processo equilibrado e pluralista que devemos analisar os embargos infringentes, objeto central deste artigo.

N) Os embargos infringentes sempre foram alvo de muita polêmica. A Lei 10.352/01 manteve o recurso, mas lhe após restrições relativas ao cabimento, de molde a torná-lo muito mais razoável. Passou a prevalecer então (pelo menos no que diz respeito aos embargos infringentes derivados de apelação) critério dito “futebolístico” (Dinamarca), à medida que o cabimento do recurso exige um “empate” de dois a dois — de um lado, o juiz de primeiro grau e o voto vencido na apelação; do outro, os dois votos vencedores —, ficando o desempate para a hora dos embargos infringentes, que funcionam como “prorrogação”. Outra alteração importante foi canalizar os embargos infringentes para os provimentos de mérito.

O) Mesmo no novo formato, os embargos infringentes continuaram a atrair críticas e propostas de abolição, embora sem a mesma intensidade do período anterior às alterações promovidas pela Lei 10.352/01. Por que o recurso deveria ser extinto? Porque ele continuaria sendo, segundo seus detratores, um recurso desprovido de maior utilidade, só servindo mesmo à procrastinação da tutela jurisdicional, tratando-se além do mais de uma figura sem equivalente no direito processual comparado. Por outro lado, não são poucos, nem irrelevantes, os defensores do recurso. Aderimos à corrente defensiva. Entendemos que há inúmeras boas razões no sentido da preservação do recurso.

P) Na defesa dos embargos infringentes, cumpre refutar, antes de mais nada, o discurso que atribui aos recursos grande parte da responsabilidade pela morosidade do processo. Muito forte na mídia brasileira, ele transita bem, igualmente, entre os profissionais jurídicos. Como todo discurso reducionista, privilegia superfícies e não mostra maior disposição para enfrentar dados empíricos ou nuances do problema. Recursos atrasam o processo? Certamente que sim. Mas o próprio processo atrasa a vida. Nada mais rápido e fulminante do que a autotutela. Só que a civilização atual deplora, felizmente, a justiça pelas próprias mãos. Há então a necessidade imperiosa do processo, por mais pesado que seja para as pessoas e para a sociedade. O mesmo se pode dizer dos recursos. Também eles consistem em um “mal” necessário, dada a exigência intransponível de ser minimamente democrático o sistema de justiça. Dessa forma, a “perda” de tempo ocasionada pelos recursos apresenta um sentido nobre.

Q) De toda sorte — e aí vai um primeiro e irresponsável argumento a favor da tese preservacionista —, extinguir os embargos infringentes não vai auxiliar em nada a campanha contra a morosidade. Por uma razão muito simples: eles são, em termos numéricos, absolutamente insignificantes. Os próprios desembargadores, a bem do caso específico ou mesmo por comodidade pessoal, evitam ao máximo produzir julgados não unânimes. Só divergências muito sérias são convertidas efetivamente em votos vencidos. Transformaram-se os embargos infringentes, principalmente após a Lei 10.352/01, em ave raríssima na nossa paisagem pretoriana. Pergunta-se então: eliminar os embargos infringentes a troco de quê? O ganho em termos de celeridade, globalmente falando, seria nulo. À vista dessa constatação elementar, perde sentido por completo a proposta de eliminação.

R) Se não há motivo para acabar com o recurso, existem razões muito fortes para mantê-lo. Apesar de raros no cotidiano forense, trazem os embargos infringentes benefícios bastante transcendentais para o sistema de justiça.

S) Um primeiro traço positivo dos embargos infringentes diz respeito à segurança jurídica, valor fundamental da nossa Constituição. Quando derivados de apelação, lembre-se, somente são cabíveis na hipótese de um “empate” de dois a dois. Mesmo considerando o peso formalmente superior dos votos oriundos do órgão *ad quem*, fica caracterizada, sob o ângulo substancial, uma situação aguda de incerteza e insegurança. Vêm os embargos infringentes para trazer a solução, o desempate. É um desempate virtuoso, não só sob a perspectiva numérica mas também do ponto de vista procedimental, à medida que o recurso permite a reapreciação da matéria controvertida em bases privilegiadas, ficando o respectivo julgamento por conta exclusivamente da controvérsia. Já no que toca aos julgados não unânimes de procedência em ações rescisórias, o apoio dos embargos infringentes à segurança jurídica talvez se mostre ainda mais pronunciado, vez que está em jogo a própria coisa julgada, bastião maior da segurança no campo processual.

T) Outro aspecto muito positivo dos embargos infringentes é o fato de representarem mecanismo destinado a pacificar conflitos jurisprudenciais. Numa época que valoriza intensamente tais mecanismos, os embargos infringentes devem ser estimulados e não suprimidos, assim como não devem ser suprimidos o incidente de uniformização de jurisprudência,

o recurso especial fundado no dissídio jurisprudencial e os embargos de divergência. No caso específico dos embargos infringentes, saliente-se que eles desempenham um papel muito peculiar, servindo à promoção de decisões inovadoras dos juízes de primeiro grau. Têm portanto, como bem esclarece Pedro Miranda de Oliveira, a salutar função de “ventilar” a jurisprudência, trazendo à tona os entendimentos minoritários de vanguarda.

U) O efeito de consolidação de teses inovadoras, proporcionado pelos embargos infringentes, insinua a grande virtude objetiva do recurso, que é a de contribuir para o fortalecimento da argumentação no ambiente processual. De uma forma geral, qualquer recurso, em maior ou menor grau, consubstancia terreno fértil para a argumentação. Nos embargos infringentes, sobe de tom essa índole argumentativa. Afinal, há um fator que faz toda a diferença: a divergência em que o recurso está baseado. Na hipótese de eliminação dos embargos infringentes, essa estrutura voltada para a argumentação se perderia, o que seria lastimável. E mais. Um autêntico anticlímax, do ponto de vista argumentativo, seria produzido. Mal se manifestaria a polêmica nos autos, revelada pelo julgamento colegiado, e ela se veria abruptamente abortada nas vias ordinárias, restando inexploradas as ricas perspectivas hermenêuticas ligadas ao aprofundamento da discussão. Ou seja, no momento mais propício ao acirramento argumentativo da controvérsia, esta subitamente se fecharia.

V) Também sob a ótica subjetiva, vantagens nem um pouco desprezíveis podem ser contabilizadas. Tome-se, a propósito, a perspectiva dos “consumidores” dos serviços jurídicos. Como se sabe, um dos aspectos revolucionários do movimento do acesso à justiça, quiçá o aspecto mais revolucionário, foi propor a substituição da tradicional perspectiva dos “produtores” do sistema pela perspectiva dos “consumidores”. Essa inversão conduz a um processo mais humano e atento aos anseios do jurisdicionado leigo, do homem do povo. Evidentemente, um processo assim não pode permitir jamais a dor e o inconformismo profundos de um jurisdicionado que se descobre derrotado mesmo tendo a seu favor o mesmo número de magistrados que apoiou a parte vencedora. Dessa forma, a existência dos embargos infringentes contribui para o triunfo da perspectiva dos “consumidores” dos serviços jurídicos, ao menos no plano recursal.

W) Toda a nossa argumentação ganha ainda mais densidade quando se imagina a hipótese de a decisão dividida envolver o tema dos direitos

fundamentais, como ocorreu em caso concreto no qual atuamos, versando sobre o próprio direito à vida. Nesse caso, se não fossem os embargos infringentes, teria ficado incólume julgado desfavorável aos direitos fundamentais (com remota chance de mudança nas instâncias excepcionais), apesar da funda divergência ocorrida, o que representaria verdadeira aberração do ponto de vista constitucional. Em nossa ordem jurídica, e em qualquer ordem democrática, a proteção aos direitos fundamentais deve ser a mais ampla e substancial possível, inclusive — e principalmente — no âmbito judiciário. O processo da era pós-positivista é um processo visceralmente amigo dos direitos fundamentais.

X) Insista-se: uma ordem processual reverente às garantias fundamentais não descuida das necessidades especiais apresentadas por determinados casos. Levar a sério a dignidade humana é valorizar a riqueza e a complexidade dos casos concretos, não deixando nenhuma peculiaridade relevante sem tratamento adequado. Um sistema processual insensível à diversidade é um sistema que, a pretexto de agradar às estatísticas, acaba se esquecendo do homem. Nos casos envolvendo afirmação de direitos fundamentais, mostra-se realmente imprescindível o “desempate” propiciado pelos embargos infringentes, sobretudo quando os direitos fundamentais parecem estar levando a pior (como ocorreu no caso extraído da nossa vivência prática).

Y) À vista de todas as virtudes dos embargos infringentes, verifica-se que o recurso ostenta uma relação custo-benefício formidável. Por um lado, dada a excepcionalidade do seu cabimento, é um recurso “barato” e que “pesa” pouco, não atrapalhando minimamente, em termos globais, a meta da aceleração da prestação jurisdicional no Brasil. Por outro lado, os embargos infringentes, quando ativados, produzem efeitos notáveis para as partes e para o sistema, subjetiva e objetivamente. Aduza-se que abolir agora os embargos infringentes seria desconsiderar o salto evolutivo trazido pela relativamente recente Lei 10.352/01, que conseguiu dotar o recurso de um perfil mais equilibrado e razoável. Não bastasse, incidiríamos em vazo repetidamente criticado por José Carlos Barbosa Moreira: proceder a reformas processuais desligadas de estudos empíricos adequados e sólidos. Com efeito, quem sabe dizer o percentual de embargos infringentes providos em território brasileiro? Aparentemente, um bom número acaba tendo provimento. Confirmando-se tal impressão, fica ainda mais indefensável a eliminação do recurso.

Z) Enfim, defendemos os embargos infringentes por entendermos que a grande reforma processual, em pleno fastígio da metodologia instrumentalista, deve ter horizontes frondosos, não podendo fechar os olhos para as exigências da pós-modernidade e do pós-positivismo. A reforma, para ser bem-sucedida, há de homenagear as grandes linhas evolutivas da dogmática contemporânea. Há de ser observada, sobretudo, a relevância da argumentação no direito hodierno. Se a complexidade do direito cresce exponencialmente nos dias atuais, não convém tornar o sistema processual mais arredo à argumentação e ao debate. ❖

Contratos Bancários: Polêmicas e Ilegalidades

Leonardo Araujo Marques

Promotor de Justiça Titular da Promotoria Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Empresarial e Tributário; Professor dos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV; Professor da Telejur e de outros cursos jurídicos.

INTRODUÇÃO: CONCEITO DE CONTRATOS BANCÁRIOS

Desde o pórtico advertimos: são muitas as polêmicas e as ilegalidades quando nos voltamos para o estudo dos contratos bancários. Mas antes de destacar os pontos que sob nossa ótica merecem especial atenção, é de todo oportuno esclarecermos sobre qual terreno iremos caminhar, pois, afinal, o que são contratos bancários?

A base da nossa resposta deve ser extraída do conceito hodiernamente aceito pela grande maioria dos doutrinadores para os contratos em geral. Assim, relembramos que desde Clóvis Beviláqua¹ contrato pode ser conceituado como o encontro de vontades de duas ou mais pessoas para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

A esta receita devemos acrescentar apenas dois novos ingredientes, um objetivo e outro subjetivo. O último é a presença de uma Instituição Financeira, que a partir de agora denominaremos apenas de Bancos. O outro ingrediente é a operação bancária, isto é, não basta para definição de contrato bancário a presença de um banco, havendo a necessidade de que ele esteja no desempenho de operação de índole creditícia, intermediando recursos monetários.

Dessa forma, definimos contrato bancário como o negócio jurídico bilateral, decorrente do encontro de vontades de duas ou mais pessoas, uma delas necessariamente instituição financeira, no desempenho de sua função bancária, que produz, resguarda, modifica ou extingue direitos e gera obrigações jurídicas de cunho patrimonial.

¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª Ed. Editora Francis Alves: Rio de Janeiro, 1929.

Como já salientado, a intenção de nossas breves considerações não tem a audácia de tratar de todos os assuntos relacionados aos contratos bancários. Aliás, sequer conseguiremos abordar de forma abrangente todos os aspectos polêmicos, muito menos identificar todas as ilegalidades que podem ser encontradas no meio bancário. Nossa missão é analisar apenas alguns dos pontos mais relevantes, seara que desperta cada vez mais o interesse dos operadores do direito.

1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: TODO CLIENTE É CONSUMIDOR?

Há de se ressaltar que, do ponto de vista doutrinário, remanesce a discussão sobre a constitucionalidade da aplicação, em tese, do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, conforme preceitua o § 2º do seu artigo 3º.

Arnoldo Wald² capitaneou um renomado grupo de juristas, dentre eles Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Geraldo Camargo Vidigal e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, todos contratados pela FEBRABAN³, que elaborou preciosos pareceres jurídicos defendendo a inconstitucionalidade da aplicação do CDC às operações bancárias⁴. Os principais fundamentos foram: 1) dinheiro e crédito não podem ser considerados produtos ou serviços; 2) os clientes devedores não usam o dinheiro e o crédito como destinatários finais, pois esses recursos tendem a voltar ao mercado como instrumentos de pagamento; 3) o cliente investidor também não se enquadraria no conceito de consumidor, pois não está adquirindo produtos ou serviços; 4) a atividade bancária, segundo a Constituição Federal, está submetida apenas à normatização do Conselho Monetário Nacional.

Por outro lado, Newton de Lucca, Sergio Cavalieri Filho, Néelson Nery Jr, Cláudia Lima Marques e vários outros juristas prontamente se opuseram à inconstitucionalidade defendida pelos Bancos. Aliás, nessa linha foi a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar, por maioria, improcedente a ADI 2591⁵. O Superior Tribunal de Justiça também comunga desse entendimento, conforme se extrai do entendimento pacificado na Súmula 297⁶.

2 WALD, Arnoldo. *O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. Revista dos Tribunais. Volume 666, p. 7/17.

3 Federação Brasileira dos Bancos.

4 A FEBRABAN patrocinou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591.

5 Vencidos, em parte, os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim.

6 STJ, Súmula 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

A principal justificativa é a inexistência de diferença entre os serviços bancários e os demais serviços em geral, ao menos para fins de incidência do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação não afasta o poder normativo do Conselho Monetário Nacional.

Mas se não existe dúvida na jurisprudência sobre a incidência, em tese, das normas consumeristas aos contratos bancários, semeamos outras: Aplica-se o CDC a todos os contratos bancários? Todos os clientes podem ser considerados consumidores?

Se não há dúvida sobre a aplicação do CDC quando o cliente não é empresário, o contrário desperta grandes discussões. Quando um empresário individual ou uma sociedade empresária contrata um mútuo ou celebra um depósito bancário, estas operações estão submetidas às normas do CDC?

O objetivo da legislação especial é proteger o vulnerável na relação de consumo, especialmente em razão das inúmeras ilegalidades constatadas com a proliferação dos contratos de massa, em que a vontade do mais fraco não é levada em consideração no momento da formação do contrato. O artigo 2º do CDC dispõe que consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza bens ou serviços como destinatário final. Esse conceito, infelizmente, há muito se mostra incapaz de identificar o público alvo do CDC⁷.

Basta imaginar, por exemplo, um contrato de depósito bancário celebrado com uma grande construtora ou, ainda, um contrato de leasing financeiro de um caminhão com um microempresário do ramo de transporte.

Na primeira hipótese temos a grande construtora como destinatária final de um serviço bancário, mas não nos parece coerente a aplicação do CDC a esta relação. Por outro lado, na segunda hipótese, o microempresário não é o destinatário final econômico, mas se apresenta extremamente vulnerável diante do banco.

Caminha para pacificação o entendimento de que não se aplica o CDC aos contratos bancários em que as pessoas jurídicas buscam capital de giro para sua atividade. Nesse sentido destacamos:

Nesta vertente, é de se destacar que o contrato celebrado entre as partes se destina a capitalizar a empresa autora. E

7 A doutrina ainda discute qual a melhor teoria para conceituar consumidor: a subjetiva ou finalista, restringindo o conceito de consumidor para o destinatário final econômico do produto ou do serviço; ou a objetiva ou maximalista, que flexibiliza e amplia o conceito de consumidor com base na vulnerabilidade.

quando o produto do contrato bancário se destina a capital de giro, não se pode qualificar a pessoa jurídica mutuária como destinatária final do produto, de modo que as normas consumeristas não incidem na relação contratual em exame, por insuficiência do respectivo suporte fático. Essa orientação tem sido adotada pelo STJ⁸.

Agravo regimental no agravo de instrumento. Contrato de mútuo bancário. **Crédito destinado ao capital de giro da empresa**. Conceito de destinatário final afastado. Relação de consumo inexistente. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes desta corte. Incidência da Súmula 83 do STJ. Agravo regimental improvido⁹.

Ainda em clima de restrição, o Superior Tribunal de Justiça já sinalizou que a aplicação do CDC às sociedades empresárias só deve ocorrer de forma excepcional. Vejamos:

Direito civil. Consumidor. Agravo no Recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de **somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto**; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. Negado provimento ao agravo¹⁰.

Nota-se, portanto, que não basta ser destinatário final para a pessoa jurídica empresária se beneficiar das regras do Código de Defesa do Consumidor. Além dessa condição, o elemento vulnerabilidade é de vital importância para a caracterização da relação de consumo.

A vulnerabilidade hoje é tão importante para o Superior Tribunal de Justiça, que em alguns casos decidiu-se pela aplicação do CDC mesmo quando o empresário, na hipótese, não era destinatário final. No julgamento do REsp. 716.877/SP pela 3ª Turma, o Ministro Ary Pargendler

8 TJ/ES, Apelação Cível 011.03.079935-4. Segunda Câmara Cível.

9 STJ, AgRg no Ag 900.563/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 03/05/2010.

10 STJ, AgRg no REsp 687.239/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06.04.2006, DJ 02.05.2006 p. 307.

destacou a controvérsia e se posicionou pela ampliação do conceito de consumidor nos seguintes termos:

No estado atual do nosso ordenamento, a pessoa jurídica está incluída no conceito de consumidor por expressa disposição de lei (CDC, art. 2º, caput).

A dificuldade da definição legal é a de que a qualidade de consumidor está vinculada à condição do adquirente do produto, a de destinatário final.

A noção de destinatário final não é unívoca. Pode ser entendida como o uso que se dê ao produto adquirido. Sob esse viés, seria consumidora a pessoa jurídica que utilizasse o produto para fins não econômicos. Isso poderia reduzir a proteção legal do consumidor a pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa. A doutrina e a jurisprudência, por isso, vêm ampliando a compreensão da expressão 'destinatário final' para aqueles que enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade.

Nessa linha, uma pessoa jurídica de vulto que explore a prestação de serviços de transporte tem condições de reger seus negócios com os fornecedores de caminhões pelas regras do Código Civil. Já o pequeno caminhoneiro, que dirige o único caminhão para prestar serviços que lhe possibilitarão sua manutenção e a da família deve ter uma proteção especial, aquela proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor. A propósito, José Geraldo Brito Filomeno extrai da doutrina estrangeira um exemplo muito apropriado à espécie *sub judice*:

'... o homem que dispõe de um caminhão apenas para conduzir seu negócio é um consumidor com relação ao grande fabricante do caminhão com relação ao qual dificilmente se poderia dizer que tivesse igual poder de barganha' (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª edição, Forense Universitária, pág. 33)''

Nessa esteira, mesmo quando uma pessoa física ou jurídica não seja propriamente destinatária final do produto ou do serviço, evidenciada sua vulnerabilidade perante o fornecedor, pode-se aplicar o CDC.

Foi exatamente o que aconteceu no julgamento do REsp. 1080719/MG, também da Terceira Turma, desta feita tendo como relatora a Min. Nancy Andrighi. O Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão do Tribunal Mineiro e determinou a aplicação do CDC numa relação em que um pequeno empresário do ramo de transportes litigava com a Volkswagen. Vejamos a ementa:

Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. - Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. - Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica. - Nesta hipótese está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido.

Analisando uma relação de financiamento bancário de atividade agrícola através de cédula de crédito rural, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça também determinou a aplicação do CDC, destacando que a vulnerabilidade é o elemento essencial para a caracterização da relação de consumo. Eis a síntese da decisão:

Sustentou, entre outras questões, que o CDC não se aplica às operações de financiamento agrícola, pois o crédito rural tem normas próprias, destacando que, nessa forma de empréstimo, o mutuante não utiliza o dinheiro como destinatário final. Para a Min. Relatora, em relação à possibilidade de ser aplicado o CDC às operações de financiamento agrícola, bem como quanto à validade da comissão de permanência, a jurisprudência do STJ já consolidada na Segunda Seção é no sentido contrário à pretensão da recorrente, isto é, aplica-se o CDC aos contratos firmados entre instituição financeira e o agricultor, pessoa física, ainda que para viabilizar seu traba-

lho como produtor rural. Diante disso, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados: AgRg no REsp 677.851-PR, DJe 11/5/2009; AgRg nos EDcl no REsp 866.389-DF, DJe 1º/7/2008; AgRg no REsp 794.526-MA, DJ 24/4/2006; REsp 435.249-MS, DJ 7/10/2002, e REsp 299.435-MT, DJ 13/12/2004¹¹.

Por todo o exposto, podemos facilmente chegar à conclusão de que nem todos os contratos bancários estarão sujeitos ao CDC, especialmente se, no caso concreto, o cliente for um empresário ou sociedade empresária que não se revelar com a vulnerabilidade própria dos consumidores.

2. OS JUROS REMUNERATÓRIOS E O ANATOCISMO. PODEM OS BANCOS COBRAR JUROS SOBRE JUROS?

Para os fins deste trabalho, podemos considerar juros remuneratórios como a taxa fixada em retribuição ao empréstimo de determinada soma em dinheiro. Em linguagem mais simples, seria o “aluguel” cobrado pelo uso do dinheiro. Sua incidência pode ocorrer de forma simples ou composta.

Juros simples são quando a taxa fixada só incide sobre o capital emprestado (valor principal da dívida), com ou sem correção monetária¹². Assim, num contrato em que a taxa de juros é de 2% ao mês, ao final de um ano, o devedor pagará 24% (12 x 2). Já nos juros compostos, alcunhado de anatocismo, a taxa fixada incide não apenas sobre o capital inicial emprestado, como também sobre os juros acumulados até aquele período. Logo, 2% ao mês se transformam em 26,82% ao ano.

Essa prática aumenta consideravelmente a dívida, especialmente as de longo prazo. No Código Civil de 1916 a questão estava tratada no artigo 1262, que autorizava a capitalização desde que expressamente pactuada. Entretanto, a partir do Decreto 22.626/33, conhecido como Lei de Usura, proibiu-se a capitalização em período inferior a um ano. Eis o dispositivo legal:

Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

11 STJ, REsp 1127805/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 19/10/2009.

12 É possível a incidência de correção monetária durante o contrato, desde que pactuada.

Calcado nesse dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal se apressou em editar a Súmula 121, em sessão plenária de 13/09/1963, vedando a capitalização de juros, ainda que expressamente pactuada, num claro recado às instituições financeiras.

Apesar da expressa proibição, os Bancos nunca deixaram de cobrar juros capitalizados, mas foi a partir de 31/10/2001 que a questão ganhou novos contornos. Depois de reeditar dezenas de vezes a Medida Provisória 1782, que tratava apenas de normas sobre a administração de créditos do Tesouro Nacional, o Presidente da República aproveitou para reeditá-la¹³ com o seguinte acréscimo:

Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano¹⁴.

Sem demora, diversos juristas se insurgiram contra tal medida provisória, que foi atacada pela ADI 2316 em 20/09/2000¹⁵. Os principais fundamentos para alegação de inconstitucionalidade foram:

I - Violação do caput do artigo 62 da Constituição Federal, haja vista que a questão já se encontrava sumulada pelo Supremo Tribunal Federal há quase 40 anos, ou seja, não havia o requisito da urgência para permitir a regulamentação do tema por medida provisória;

II - Violação do atual artigo 62, § 1º, inciso II c/c 192, ambos da Constituição Federal, uma vez que as normas gerais relativas ao Sistema Financeiro Nacional só podem ser tratadas por Lei Complementar e, portanto, seria incabível a medida provisória.

III - Violação aos artigos 5º e 7º da Lei Complementar 95/98, pois a MP 1963 tratava de matéria completamente estranha ao Sistema Financeiro Nacional, pois regulamentava a administração de créditos do Tesouro Nacional.

Antes de analisarmos o posicionamento dos Ministros da nossa Suprema Corte, convém conhecermos um pouco a jurisprudência dos

¹³ Na ocasião ela recebeu o número 2170-36/01.

¹⁴ Essa medida provisória foi reeditada com o novo texto diversas vezes, até que ganhou força de lei por força do artigo 2º da Emenda Constitucional 32, de 12 de setembro de 2001.

¹⁵ Proposta pelo Partido da República.

demais Tribunais. Com lastro nos mesmos fundamentos invocados na ação direta de inconstitucionalidade supramencionada, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento das Arguições de Inconstitucionalidade 2003.017.00010, 2004.017.00004 e 2004.017.00005, pela unanimidade de votos, declarou inconstitucional o artigo 5º da MP 2170-36¹⁶. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal trilhou o mesmo caminho, conforme decisão igualmente unânime do seu Conselho Especial¹⁷.

Poderíamos aqui reproduzir outras decisões no mesmo sentido, pois praticamente todos os Tribunais Estaduais¹⁸ e Federais¹⁹ espalhados Brasil reconheceram a inconstitucionalidade do artigo 5º da MP 2170-36 e proibiram a cobrança de juros compostos em período inferior a um ano.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, contrariando esse movimento, tem repudiado a tese de inconstitucionalidade e vem permitindo a cobrança de juros capitalizados em qualquer periodicidade, desde que pactuada, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

Bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Contrato que não prevê o percentual de juros remuneratórios a ser observado. I - julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade. Orientação - juros remuneratórios. (...). - Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Ônus sucumbenciais redistribuídos²⁰.

Contrato bancário. Ação revisional. Arrendamento mercantil. Recurso especial. Tempestividade. Violação do art. 535 do CPC.

16 Por todas: TJRJ, Arguição de Inconstitucionalidade 2004.017.00005. Órgão Especial. Relator Desembargador J. C. Murta Ribeiro. Julgado em 16/08/2004.

17 TJDF, Arguição de Inconstitucionalidade 2006.00.2.001774-7. Conselho Especial. Relator Desembargador Lécio Resende. Julgado em 04/07/2006.

18 TJSP, Apelação Cível 991.09.074075; TJPR, Apelação Cível 0642429-7; TJRS, Apelação Cível 70035156645.

19 TRF4, Inc.Arg. Inconst. AC nº 2001.71.00.004856-0/RS. Corte Especial. julgado em 02/08/2004; DJU em 08/09/2004; publicado na Revista do TRF da 4ª Região, Porto Alegre, a. 16, nº 55, p. 475-485.

20 STJ, REsp 1112879/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 19/05/2011.

*Não ocorrência. Disposições analisadas de ofício. Impossibilidade. Juros remuneratórios. Limitação afastada. Capitalização mensal de juros. Pactuação expressa. Descaracterização da mora. Pressuposto não evidenciado. Juros moratórios. Multa contratual. Licitude da cobrança. Repetição do indébito e compensação. Possibilidade. (...). 5. Nos contratos bancários firmados posteriormente à entrada em vigor da MP n. 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o n. 2.170-36/2001, é lícita a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente prevista no ajuste. (...)*²¹.

Nada obstante o panorama aparentemente pacífico sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luis Felipe Salomão, no dia 05/10/2009, nos autos do REsp. 1.003.530/RS, resolveu adotar o sistema de recursos repetitivos, facultando a manifestação do Banco Central do Brasil, da Federação Brasileira dos Bancos e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

É importante assinalar que o Ministro em questão integrou honrosamente os quadros da Magistratura Fluminense que, por seu Órgão Máximo e por três vezes consecutivas, como acima alinhavado, declarou a inconstitucionalidade da MP 2170-36. Não bastasse isso, quando de sua atuação como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, além de relatar nesse sentido diversos acórdãos, ainda determinou a devolução em dobro das quantias recebidas indevidamente, o que para nós é incabível²². Confira-se:

Apelação cível. Ação visando a revisão de contrato cumulada com pedido de repetição de indébito. A aplicação de juros de mercado é admissível, eis que se trata de instituição financeira (enunciado 283, STJ). Contudo, permanece inaceitável a prática de capitalização de juros. O artigo 5º da medida provisória 2170-36 (reedição da MP 1963-7) teve sua inconstitucionalidade reconhecida em mais de duas sessões do Órgão Especial dessa colenda Corte e, desse modo, nos termos do artigo 104 do RITJRJ, não deve ser aplicado. Laudo pericial que

21 STJ, AgRg no Ag 1028568/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/05/2010.

22 Presunção de constitucionalidade das leis e medidas provisórias.

*comprova o anatocismo. A repetição do indébito (R\$134,08) deve observar o que dispõe o artigo 42, parágrafo único do CDC. Provimento parcial do recurso, apenas para determinar a restituição em dobro, com os acréscimos legais*²³.

Diversas entidades representativas dos interesses dos consumidores e dos bancos já se manifestaram formalmente nos autos, como também o Banco Central, a Defensoria Pública e o Ministério Público, estando o processo na iminência de ser apreciado, ocasião em que aguardamos uma posição definitiva do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Nada obstante, a palavra final é do Supremo Tribunal Federal, que ainda não terminou o julgamento da ADI 2316. Até agora votaram seis ministros, dos quais quatro se posicionaram pela inconstitucionalidade do artigo 5º da MP 2170-36²⁴.

Apesar da grande expectativa em torno do julgamento da ADI 2316 e da tendência favorável aos interesses dos consumidores, não podemos olvidar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal dar efeito apenas *ex nunc* para eventual declaração de inconstitucionalidade, em face do impacto econômico da decisão, que poderia até desestabilizar o sistema bancário.

Assim, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em leis muito anteriores à própria Constituição Federal de 1988, como ocorre com as cédulas e notas de crédito rural, industrial e comercial²⁵, somos radicalmente contrários à cobrança de juros sobre juros em período inferior a um ano, com fulcro no que dispõe o artigo 4º do Decreto 22.626/33, ratificado pelo artigo 581 do Código Civil de 2002. Lembramos, ainda, que a Lei 4.595/64, denominada de Lei de Reforma Bancária, nunca permitiu o anatocismo de forma diversa da prevista na legislação comum.

3. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. O QUE É, DO QUE É COMPOSTA E QUANDO PODE SER COBRADA?

A comissão de permanência é, talvez, o maior dos mistérios que cercam os contratos bancários e, para desvendá-lo, faremos uma viagem no

23 TJRJ, Apelação Cível [0068228-20.2003.8.19.0001 \(2006.001.17382\)](#). DES. LUIS FELIPE SALOMAO - Julgamento: 07/03/2007 - SEXTA CAMARA CIVEL. Nesse sentido existem mais de duas dezenas de acórdãos e decisões monocráticas, sendo que a última (19/12/2007 – Apelação Cível [0090624-54.2004.8.19.0001 \(2007.001.59182\)](#)) foi prolatada pouco antes da sua posse como Ministro do Superior Tribunal de Justiça (17/06/2008).

24 Pela inconstitucionalidade: Sydney Sanches, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Pela constitucionalidade votaram: Cármen Lúcia e Menezes de Direito. Faltam votar: Joaquim Barbosa, Celso De Mello, Ellen Gracie e Cezar Peluso (ou Ricardo Lewandowski).

25 STJ, REsp 1149593/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 26/08/2010.

tempo, mas não sem antes ressaltar que, na quase totalidade dos contratos celebrados no sistema financeiro nacional, há previsão de sua cobrança.

A Comissão de permanência foi reconhecida pelo BACEN através do inciso XIV da Resolução 15, de 28 de janeiro de 1966, após reunião do Conselho Monetário Nacional²⁶. Inicialmente, ela só incidia nas operações de desconto de títulos e de cobrança simples ou caucionada, quando o sacado liquidasse tardiamente a dívida. Vejamos o teor da Resolução:

O BANCO CENTRAL DA REPÚBLICA DO BRASIL, na forma da deliberação do Conselho Monetário Nacional, em sessão de 26.1.1966, de acordo com o disposto nos arts. 4º, incisos VI, IX e XII, e 9º, da Lei nº 4.595, de 31.12.64, e Decreto-lei nº 1, de 13.11.65, RESOLVE:

[...] XIV - Aos títulos descontados ou caucionados e aos em cobrança simples liquidados após o vencimento é permitido aos bancos cobrar do sacado, ou de quem o substituir, “comissão de permanência”, calculada sobre os dias de atraso e nas mesmas bases proporcionais de juros e comissões cobrados ao cedente na operação primitiva²⁷.

Vamos exemplificar. Indústria X, pretendendo contrair um empréstimo com o Banco Y, celebra com este um contrato de desconto bancário, tendo como objeto uma duplicata que sacou contra a distribuidora Z, no valor de R\$ 100.000,00 e com vencimento previsto para 90 dias. No contrato bancário de origem, o de desconto, consta uma taxa de juros de 2% ao mês, além de outras comissões. Caso a Distribuidora Z não pague o título no vencimento, lembrando que para tanto ela irá receber um boleto bancário, o Banco Y cobrava dela a chamada Comissão de permanência, “nas mesmas bases proporcionais de juros e comissões cobrados ao cedente (Indústria X) na operação primitiva (contrato de desconto)”.

Assim, aquela taxa de 2% ao mês e as demais comissões eram repassadas ao sacado da duplicata por meio da Comissão de permanência, por conta de sua inadimplência²⁸. Esse era, na origem, o campo de incidência da comissão de permanência, pelo menos até 15 de maio de 1986,

26 O Poder Normativo do Conselho Monetário Nacional está previsto no artigo 4º da Lei de Reforma Bancária (Lei 4.595/64).

27 Esse texto sofreu pequenas alterações quando o BACEN expediu a Circular 82, em 15 de março de 1967.

28 Tal regulamentação, já à época, era questionável, por ofender o princípio da relatividade dos contratos, na medida em que impunha ao sacado da duplicata, juros e outras comissões negociados pelo cedente com o banco.

quando entrou em vigor a Resolução 1.129 do Conselho Monetário Nacional, que ampliou perigosamente o campo de incidência da Comissão de permanência, autorizando sua cobrança em qualquer contrato bancário. Vejamos:

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9, da Lei n. 4.595, de 31.12.64, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada nesta data, tendo em vista o disposto no art. 4, incisos VI e IX, da referida Lei, RESOLVEU:

I – Facultar aos bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, caixas econômicas, cooperativas de crédito, sociedades de crédito, financiamento e investimento e sociedades de arrendamento mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, “comissão de permanência”, que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia o pagamento.

II – Além dos encargos previstos no item anterior, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias compensatórias pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos.

Seguindo a nova regulamentação do Conselho Monetário Nacional e o posicionamento dos Bancos, podemos conceituar Comissão de permanência como um encargo diário cobrado pela instituição financeira na hipótese de liquidação da dívida após o seu vencimento, calculado segundo as taxas originalmente pactuadas para o período de normalidade contratual ou segundo a taxa de mercado do dia do pagamento, sem prejuízo dos juros de mora, mas vedando-se sua cumulação com qualquer outra taxa remuneratória. Seu objetivo seria desestimular o prolongamento unilateral da obrigação e remunerar o capital.

Ultrapassada a barreira conceitual, passemos a outra etapa, a da natureza jurídica. Ela é antiinflacionária, remuneratória ou moratória?

Arnaldo Rizzardo foi um dos que defendeu a natureza anti-inflacionária da comissão de permanência, salientando que um dos seus objetivos seria a atualização do valor da dívida²⁹. O Superior Tribunal de Justiça

29 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 339.

encampou essa tese ao aprovar a Súmula 30, que até hoje proíbe a cumulação da Comissão de permanência com a correção monetária.

Luiz Antônio Scavone Junior, por sua vez, forte na redação da Resolução 1.129 do CMN, defende o caráter compensatório da Comissão de permanência, argumentando que seu escopo sempre foi remunerar o capital, mesmo no período de inadimplência³⁰, razão pela qual sempre foi inacumulável com os juros remuneratórios.

Nesse diapasão, o mesmo Superior Tribunal de Justiça também proibiu a cumulação da Comissão de permanência com qualquer modalidade de juros compensatórios, conforme súmula 296³¹, sem afastar aquela natureza antiinflacionária reconhecida na súmula 30.

Por derradeiro, sobretudo a partir do julgamento do REsp. 706.368/RS, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a natureza tríplice da comissão de permanência, pois vedou a sua cumulação com os juros moratórios, na medida em que visualizou, no seu bojo, parcelas inegavelmente moratórias. Esse ponto é um dos mais polêmicos, pois se os Bancos realmente buscassem apenas o objetivo inicial da Comissão de permanência, não haveria qualquer ilegalidade na sua cumulação com os juros moratórios ou com a correção monetária. Essa, entretanto, não é a realidade, conforme ficará bem claro nas linhas que se seguem.

Na tentativa de desvendar o mistério que se tornou a comissão de permanência, a Ministra Nancy Andrighi deu início a um verdadeiro processo investigativo nos autos do REsp. 1.061.530/RS, julgado pelo sistema de recursos repetitivos, intimando a Federação Brasileira dos Bancos, o Banco Central do Brasil e diversas entidades representativas dos interesses dos consumidores.

Ao ser indagado sobre como se calcula a taxa referente à comissão de permanência, o BACEN afirmou que:

(...). Não é possível saber com antecedência os encargos que a instituição financeira deverá arcar para reequilibrar sua situação líquida após o atraso no pagamento, ante a existência de inúmeras variáveis (como a disponibilidade de crédito no mercado, os custos operacionais de cada insti-

30 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Juros no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 321-2.

31 STJ, Súmula 296 - Os juros remuneratórios, **não cumuláveis** com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, **limitada ao percentual contratado**.

tuição financeira, sua situação patrimonial, etc.), razão pela qual a permanência no inadimplemento gera diferentes encargos em cada contrato, a depender de suas especificidades e do momento em que o atraso no pagamento ocorre (...).

A FEBRABAN, por seu turno, apesar de defender a cumulação da comissão de permanência com os juros moratórios, acabou reforçando a tese contrária, pois, ao repassar ao Superior Tribunal de Justiça, as respostas dos maiores bancos brasileiros sobre sua composição, por fim teve que reconhecer:

(...) Em outras palavras, é impossível apontar critérios uniformes de cálculo da comissão de permanência para todas as instituições, dado que esse cálculo se baseia em diferentes peculiaridades (...).

Mas que peculiaridades são essas? Os clientes são informados previamente?

Em resumo, cada banco calcula a comissão de permanência de uma forma completamente diferente, instável e não revelada ao cliente³², uma vez que frequentemente alteram a “fórmula” de cálculo.

Para se ter uma pequena noção, nesse mesmo Recurso Especial, a Ministra constatou que, num determinado período, o Banco “A” cobrou de comissão de permanência uma taxa mensal entre 4,70% e 6,30%, o Banco “B” entre 6,5% e 20%, o Banco “C” uma média de 12% e o Banco “D” 15% (0,5% ao dia).

Ressalte-se que nenhum dos bancos consultados conseguiu explicar com clareza como chegaram a esses percentuais, obrigando o Tribunal a declarar que tal prática viola uma série de princípios e direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, dentre eles a transparência, a boa-fé e a informação plena. Em alguns casos, até mesmo as despesas médias com advogados contratados para as cobranças judiciais são levadas em conta na “fórmula” para se chegar à taxa da comissão de permanência. Em determinados bancos elas variam conforme o contrato, enquanto noutros, ela é fixa.

Por tais razões, é até possível a cobrança de comissão de permanência para o período de inadimplência, mas desde que não esteja

³² Os Bancos pediram que a Ministra mantivesse em absoluto sigilo as informações prestadas.

cumulada com correção monetária ou quaisquer outras parcelas remuneratórias ou moratórias e, ainda, não configure cláusula potestativa, ou seja, seu percentual não ultrapasse a taxa prevista no contrato³³. Nesse sentido:

Segundo o entendimento pacificado na e. 2ª Seção (AgR-REsp n. 706.368/RS, relatora Ministra Nancy Andrichi, unânime, julgado em 27.04.2005), a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios, que acaso previstos para a situação de inadimplência, criam incompatibilidade para o deferimento desta parcela³⁴.

É importante lembrar que a cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência não pode deixar ao livre arbítrio do Banco a imposição da taxa, sendo comum e ilegal³⁵ encontrar em contratos bancários cláusulas prevendo a incidência da taxa média cobrada pelo Banco na data do inadimplemento. Para que a taxa flutuante não seja considerada potestativa ou excessivamente onerosa, a jurisprudência só a admite se for considerada a média do mercado apurada pelo BACEN, limitada à taxa prevista no contrato.

Por derradeiro, resta uma última questão. Caso estejam previstas todas essas parcelas em cumulação com a comissão de permanência, qual delas deve ser extirpada?

No Superior Tribunal de Justiça é majoritária a tese de que *prevista a cobrança da comissão de permanência cumulada com outro encargo, este deve ser afastado, mantendo-se somente aquela*³⁶. Entretanto, ainda encontramos algumas decisões afastando a comissão de permanência quando previsto outro tipo de encargo³⁷.

Temos opinião sensivelmente diferente. Defendemos que somente diante do caso concreto é que podemos afirmar com exatidão qual

³³ STJ, Súmula 294 - Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

³⁴ STJ, AgRg no REsp 750968 / PR. Min. Relatora Nancy Andrichi. QUARTA TURMA – Julg. 04/08/2005.

³⁵ CDC, artigo 51, incisos IV e X.

³⁶ Nesse sentido: AgRg no REsp 1.020.737/RS; AgRg no REsp 1.057.319/MS; AgRg no Ag 961.275/SP; AgRg no REsp 1.056.827/RS; EDcl no AgRg no REsp 1.014.434/MS; AgRg no REsp 1.016.657/RS.

³⁷ Nesse sentido: AgRg no REsp 990.830/RS; AgRg no Resp 920.180/RS.

caminho deve ser trilhado, pois diante de cláusulas contraditórias, em contratos de adesão como o bancário, deve-se sempre aplicar a que melhor atende aos interesses do aderente/consumidor³⁸. Assim, há de prevalecer aquela que representa o menor custo para o cliente.

4. MÚTUO BANCÁRIO. É POSSÍVEL A COBRANÇA DE TARIFA POR LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA?

As regras gerais do contrato de mútuo estão nos artigos 586/592 do Código Civil. A espécie *“utilizada pelas Instituições financeiras é aquela em que há incidência de juros previamente estipulados, que poderão variar conforme a oscilação do mercado, denominado mútuo feneratício”*³⁹.

Classifica-se esta espécie contratual por sua unilateralidade, na medida em que cria para o mutuário a obrigação de restituir o bem fungível (dinheiro) que lhe foi entregue pelo mutuante, no prazo ajustado e com os acréscimos contratados, em geral juros e correção monetária.

Na condição de uma das principais operações ativas desenvolvidas pelas instituições financeiras, o contrato de mútuo caracteriza-se também por ser real⁴⁰, na medida em que o seu aperfeiçoamento ocorrerá apenas com a entrega do dinheiro ao mutuário.

No tocante à possibilidade de liquidação antecipada do contrato, hipótese em que o mutuário restitui, total ou parcialmente, ao mutuante, o valor da dívida antes do termo ajustado, duas correntes se formaram. Alguns juristas de renome defendem a impossibilidade⁴¹, pois é justamente através do prazo fixado e dos respectivos juros é que o mutuante auferirá o lucro decorrente desta operação. Outros, porém, sustentam a possibilidade, em especial quando se tratar de uma relação de consumo, com fulcro no § 2º do artigo 52 do CDC⁴². A jurisprudência, por seu turno, de forma amplamente majoritária, assegura aos consumidores não apenas o direito de pagar antecipadamente suas dívidas, como também o

³⁸ CC, artigo 423; e CDC, artigo 47.

³⁹ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm, ob. cit., p. 113.

⁴⁰ ABRÃO, Nelson, ob. cit. P. 72.

⁴¹ *“Não pode o mutuário, a seu turno, compelir o mutuante a receber as coisas, objeto do mútuo, antes do dia apazado.”* (PEREIRA, Caio Mário da Silva, em *“Instituições de Direito Civil, v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed.”*; *“(…) Assim, não se admite a antecipação do prazo unilateralmente pelo prestatário. Este só poderá devolver o dinheiro antes do término do contrato se pagar os juros e comissões correspondentes ao prazo convencionado.”* (COVELLO, Sérgio Carlos, Ob. cit., p. 160/161).

⁴² Art. 52, § 2º, CPDC: *“É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos”*.

natural abatimento proporcional dos juros. Vejamos um precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

*Direito do Consumidor. Antecipação de tutela. Pagamento antecipado do mútuo contratado. Recusa do banco em receber a quantia. Cobrança de valores não contratados. Presença da verossimilhança das alegações e do perigo na demora. Reversibilidade da medida patente, eis que a instituição financeira, caso a demanda seja julgada improcedente, poderá cobrar os créditos faltantes. Recurso provido. Agravo de Instrumento 0036321-20.2009.8.19.0000 (2009.002.32891). Julgado em 21/01/2010. 11ª Câmara Cível. **Nesse sentido, do mesmo Tribunal: ApCiv. 2006.001.46740 e 2006.001.01244.***

Diante da firmeza da jurisprudência, os bancos passaram a admitir a liquidação antecipada, mas instituíram a cobrança de uma taxa para o exercício desse direito, denominada de TLA – taxa de liquidação antecipada. Defendemos, com arrimo em alguns precedentes jurisprudenciais, que a cláusula que prevê tal comissão deve ser considerada nula de pleno direito, por violação ao artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor e ao artigo 1º da Resolução 3516 do CMN, que entrou em vigor em 06 de dezembro de 2007, nos seguintes termos:

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão extraordinária realizada em 6 de dezembro de 2007 (...), resolveu:

Art. 1º *Fica vedada às instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil a cobrança de tarifa em decorrência de liquidação antecipada nos contratos de concessão de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, firmados a partir da data da entrada em vigor desta resolução com pessoas físicas e com microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.*

Art. 2º *O valor presente dos pagamentos previstos para fins de amortização ou de liquidação antecipada das operações de que trata o art. 1º contratadas a taxas prefixadas deve ser calculado:*

I - no caso de contratos com prazo a decorrer de até 12 meses, com a utilização da taxa de juros pactuada no contrato;

II - no caso de contratos com prazo a decorrer superior a 12 meses:

a) com a utilização de taxa equivalente à soma do spread na data da contratação original com a taxa Selic apurada na data do pedido de amortização ou de liquidação antecipada;

b) com a utilização da taxa de juros pactuada no contrato se a solicitação de amortização ou de liquidação antecipada ocorrer no prazo de até sete dias da celebração do contrato.

§ 1º A taxa de desconto aplicável para fins de amortização ou liquidação antecipada, observado o disposto nos incisos I e II deste artigo, deve constar de cláusula contratual específica.

§ 2º O spread mencionado neste artigo deve corresponder à diferença entre a taxa de juros pactuada no contrato e a taxa Selic apurada na data da contratação.

Sustentamos a total ilegalidade da alínea “a” do inciso II supra, na medida em que contraria o artigo 52 do CDC, pois resolução do CMN, sendo uma norma inferior à lei, não poderia criar um ônus para que o consumidor exercesse o seu direito potestativo de liquidação antecipada da dívida. Como se sabe, os atos normativos inferiores às leis não podem contrariá-las.

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul colacionamos o seguinte precedente para ser utilizado como paradigma:

EMENTA: CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO DÉBITO. ART. 52, § 2º, DO CDC. DIREITO À REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS JUROS E DEMAIS ACRÉSCIMOS. NULIDADE DE SENTENÇA AFASTADA. 1. A preliminar de nulidade da sentença por fundamentação deficiente resta afastada, pois a decisão atacada indicou, de forma clara e suficiente, os motivos que embasaram a decisão de parcial procedência do pedido. 2. Comprovando a autora que efetuou o pagamento antecipado do financiamento de seu veículo (vinte meses antes do término do contrato), possuía o direito de serem descontados proporcionalmente os juros remuneratórios cobrados e os demais acréscimos

do contrato (art. 52, § 2º da Lei 8.078/90). 3. Não tendo a ré conferido o desconto na forma estabelecida na legislação consumerista, ou seja, de forma proporcional à quitação do contrato, necessário se faz a complementação de tal benesse. 4. A esse respeito, há que se reduzir o montante estipulado em sentença, pois tendo em vista que a autora antecipou em 20 meses o pagamento das parcelas correspondentes a tal período, de um total de 36, o que corresponderia a 55% do período do financiamento contratado, necessário se faz que lhe seja concedido um abatimento de R\$ R\$1.085,26, pois corresponde a 55% de desconto sobre os juros das prestações antecipadas, o que se mostra equânime, e não aquele indicado na decisão de primeiro grau, pois fixado em percentual muito superior. 5. Todavia, já tendo sido restituído à demandante o valor de R\$ 563,64, há de se compensar tal valor do montante devido (R\$ 1.085,26), restando saldo à autora no valor de R\$ 521,62. Recurso parcialmente provido⁴³.

5. JUROS REMUNERATÓRIOS. PODEM OS TRIBUNAIS INTERFERIR NAS TAXAS CONTRATADAS?

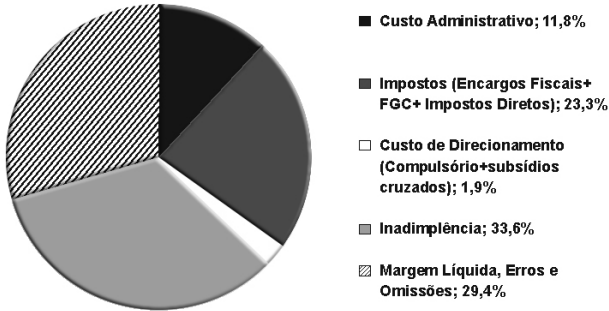
O último tema, sem dúvida, é palco para intermináveis debates jurídicos e econômicos. De um lado, militam aqueles que, alarmados com os altos juros cobrados pelos bancos no Brasil, clamam pela intervenção do Poder Judiciário. De outro, os bancos, sustentando que somente a “lei do mercado” estaria apta a conter a elevação dos juros, alertando que a intervenção estatal traria como conseqüência a indesejável instabilidade das relações jurídicas.

O *spread* bancário sempre foi motivo de reclamação dos consumidores e dos empresários em geral, pois sempre estão bem acima dos índices que medem a inflação. A FEBRABAN se defende, alegando que o *spread* bancário é composto por diferentes fatores, como custos administrativos, de inadimplência, de compulsório e de tributação. Tomando por base os números do ano de 2008, o BACEN apresentou os seguintes dados sobre a decomposição do *spread* bancário⁴⁴:

43 TJ/RS, Recurso Cível Nº 71001646850, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 03/07/2008

44 Os dados foram obtidos do estudo realizado a pedido da FEBRABAN e apresentado em julho de 2010, tendo como responsável o economista Rubens Sadenberg. O trabalho, intitulado de “*Spread Bancário no Brasil – Tendências de Longo Prazo, questões metodológicas e evolução recente*”, que traz também alguns números do ano de 2010, por

Spread Bancário 2008 - Proporção (%)



Mesmo que tomemos com verdadeiros esses números, desconhecemos qualquer atividade lícita que permita **ganhos líquidos na ordem de quase 30% da receita bruta**. Mas vamos por etapas.

No plano constitucional, em que pese algumas resistências, nunca houve qualquer limitação, pois o § 3º do artigo 192 da CF/88 nunca teve sua eficácia reconhecida pelos Tribunais Superiores, culminando pela edição da súmula 648 pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁵.

No plano legal, a Lei de Reforma Bancária conferiu ao Conselho Monetário Nacional a atribuição de limitar, **quando entender necessário**, os juros bancários, conforme estampado no inciso IX do artigo 4º da Lei 4.595/64⁴⁶.

Essa limitação nunca veio. Aliás, e pelo contrário, a Resolução 1.064 do Conselho Monetário Nacional, publicada em 05 de dezembro de 1985, deixou claro que os juros remuneratórios podem ser livremente pactuados. Importante destacar que o poder normativo do CMN foi consolidado pela Lei 9.069/95.

ser obtido no seguinte endereço eletrônico: http://www.febraban.org.br/p5a_52gt34++5cv8_4466+ff145afbb52ffrtg33fe36455li5411pp+e/sitefebraban/20100122_SPREAD%20PADRAO_final_jun10.pdf

45 STF, **Súmula 648** - a norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional 40/2003, que limitava a taxa de **juros** reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.

46 Art. 4º - Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

(...)

IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: (...).

A Lei de Usura⁴⁷, como cediço, foi excepcionada pela Lei de Reforma Bancária^{48 49}, mas será que não existe nenhuma outra lei que possa ser utilizada como limitador dos juros?

Segundo a jurisprudência amplamente dominante⁵⁰, nem o Código de Defesa do Consumidor⁵¹, muito menos o artigo 591 do Código Civil⁵², podem servir para tanto. O primeiro porque não disciplina juros, enquanto o segundo é norma geral e, portanto, não derroga regra especial.

Ocorre, porém, que o Código de Defesa do Consumidor proíbe a estipulação de obrigações excessivamente onerosas⁵³ para o consumidor, mesmo que essa desproporcionalidade não decorra de fato superveniente, como exige o Código Civil⁵⁴, ainda arraigado à teoria da imprevisão. Nesse passo, os Tribunais vem decidindo que

“(…) os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto aos juros remuneratórios; a abusividade destes, todavia, só pode ser declarada, caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação, diante de flagrante abusividade (…)⁵⁵.

E para esse trabalho contamos hoje com o auxílio de uma excelente ferramenta, a rede mundial de computadores. Se antes a verificação da onerosidade excessiva só poderia ser comprovada por extenso trabalho pericial, hoje, com um simples “click” no site do Banco Central⁵⁶, podem-se obter todos os dados necessários para demonstração da abusividade da taxa de uma operação financeira. Em um arquivo de *Excel* o Banco Central divulga os dados consolidados do mercado, mês a mês, tomando por base cada espécie de operação bancária. A título de exemplo, extraímos os dados de 2010:

⁴⁷ Decreto 22.626/33.

⁴⁸ Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 990702/RS, da 4ª Turma; e AgRg no Ag 953299/RS, da 3ª Turma.

⁴⁹ STF, Súmula 596.

⁵⁰ Inclusive do STF, RE 286.963/MG.

⁵¹ STJ, AgRg no Ag 818431/GO.

⁵² STJ, REsp 906054/RS.

⁵³ CDC, arts. 6º, inciso V; 39, inciso V; 51, inciso IV c/c §1º, inciso III.

⁵⁴ Código Civil, artigos 478/480.

⁵⁵ STJ, REsp. 407097/RS. Nesse sentido: REsp. 884379/RS e REsp. 935.231/RJ

⁵⁶ <http://www.bcb.gov.br/?TXCRED>.

I - Taxas de juros das operações ativas

Juros prefixados

% a.a.

Mês	Pessoa jurídica								Pessoa física				
	Capital de giro	Conta garantida	Aq. de bens	Vendedor	Hot money	Desc. duplic.	Desc. promis.	Cheque especial	Crédito pessoal	Aquisição de bens			
										Veículos	Outros	Total	
2010	Jan	30,14	80,92	19,44	16,05	51,39	36,76	50,06	161,05	44,83	25,22	51,69	27,38
	Fev	29,07	79,63	18,81	14,73	52,83	38,15	51,94	159,52	43,81	24,12	50,90	26,23
	Mar	28,83	81,79	16,75	14,29	48,31	36,87	51,29	160,26	42,69	23,51	50,20	25,53
	Abr	28,48	81,39	18,90	15,38	44,09	38,01	44,96	161,31	42,87	23,53	49,71	25,44
	Mai	29,29	81,17	18,85	16,17	50,95	38,53	42,44	160,26	43,04	24,82	51,89	26,74
	Jun	28,53	85,02	17,87	16,36	48,76	38,36	42,30	165,10	41,97	23,61	51,75	25,57
	Jul	29,90	91,77	17,22	17,01	46,71	41,11	42,83	167,29	42,21	23,96	51,19	25,80
	Ago	30,22	92,73	17,31	17,25	46,95	42,75	42,45	165,56	41,96	23,44	50,02	25,21

Anote-se que atualmente todos os ministros estão se valendo dessas informações. Aliás, a Ministra Nancy Andrichi, referindo-se ao site dessa autarquia federal, asseverou que:

A taxa média apresenta vantagens porque é calculada segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras e, por isso, representa as forças do mercado. Ademais, traz embutida em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio, ou seja, um 'spread' médio. É certo, ainda, que o cálculo da taxa média não é completo, na medida em que não abrange todas as modalidades de concessão de crédito, mas, sem dúvida, presta-se como parâmetro de tendência das taxas de juros. Assim, dentro do universo regulatório atual, a taxa média constitui o melhor parâmetro para a elaboração de um juízo sobre abusividade⁵⁷.

Do próprio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 971.853/RS, extraímos o caso que vem sendo utilizado como paradigma. Uma dona de casa gaúcha celebrou um contrato de empréstimo pessoal com determinada instituição financeira no valor de R\$ 1.000,00, obrigando-se a restituí-lo em 10 (dez) prestações de R\$ 240,77 (duzentos e quarenta reais e setenta e sete centavos). A mutuária ingressou com ação revisional questionando a taxa de juros remuneratórios.

⁵⁷ Trecho do voto da Ministra Nancy Andrichi no julgamento do REsp. 1.061.530/RS.

Nesse julgamento, o relator, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, abeberando-se da mesma fonte que acima recomendamos, constatou que a taxa média de juros praticada pelo mercado, à época da contratação, para aquela modalidade de empréstimo, foi de aproximadamente 68% a.a. (sessenta e oito por cento ao ano), enquanto que a instituição financeira cobrou daquela dona de casa cerca de 380% a.a. (trezentos e oitenta por cento ao ano). Nestas condições, mesmo reformando o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que havia limitado os juros a 12% a.a., deu apenas parcial provimento ao recurso especial da instituição financeira, a fim de ajustar a taxa à média praticada pelo mercado, em vista da evidente onerosidade excessiva dos juros contratados. Vejamos as palavras do Ministro:

A r. sentença apurou que a taxa de juros remuneratórios cobrada pelas instituições financeiras recorridas encontra-se acima do triplo da taxa média do mercado para a modalidade do negócio jurídico bancário efetivado. Enquanto, a taxa média do mercado para empréstimos pessoais divulgada pelo Banco Central do Brasil para o mês da contratação é no patamar de 67,81% ao ano, a taxa cobrada foi no importe de 380,78% ao ano, que mensalmente reflete o percentual de 13,98%. Assim, flagrante a abusividade na estipulação contratual. Aliás, diante de tal discrepância, chega a impressionar a afirmação contida na peça recursal das instituições financeiras de que "não se visualiza, no presente caso, qualquer abusividade que possa ensejar a revisão do contrato" (fl. 153)⁵⁸.

Em nossa pesquisa pela jurisprudência, o ponto comum para justificar a intervenção do Estado-Juiz foi sempre a necessidade de se comprovar, cabalmente, que a taxa contratada está muito acima da média, sem justificativa concreta. Resta definir, portanto, quando a taxa deva ser considerada abusiva, pois é exatamente em razão da variação dos juros que se apura a média do mercado. Elaboramos, pois, um pequeno quadro demonstrativo:

58 STJ, REsp. 971.853/RS, Quarta Turma. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 06/09/2007. DJ. 24/09/2007.

PROCESSO	MINISTRO RELATOR	TAXA CONTRATADA	TAXA AJUSTADA
Resp. 971.853	Antônio de Pádua Ribeiro	380,78% a.a.	67,81% a.a.
REsp. 1.036.818	Nancy Andrighi	249,85% a.a.	70,55% a.a.
REsp. 1.036.857	Massami Uyeda	45,65% a.a.	37,42% a.a.
REsp. 327.727	César Asfor Rocha	34,87% a.a.	14,19% a.a.
Ag. 1303206	Vasco Della Giustina ¹	77,88% a.a.	35,29% a.a.
Ag. 1254194	Raul Araújo	151,54% a.a.	69% a.a.
ED. Ag. 1308747	Sidnei Beneti	158,75% a.a.	28,63% a.a.
Ag. 1021308	Aldir Passarinho Júnior	110,17% a.a.	37,10% a.a.

As diferenças que justificaram a modificação das taxas foram de 25% ao triplo da média apurada pelo Banco Central, mas somente o juiz, analisando o caso concreto, pode fazer a constatação da abusividade, pois as circunstâncias concretas, como ausência de garantias, baixo valor da operação e histórico de inadimplência, influenciam decisivamente na fixação da taxa de juros.

CONCLUSÕES:

Infelizmente, esse é apenas o primeiro retrato de um grande álbum de ilegalidades que podem ser encontradas nos contratos bancários. Esperamos apresentar, em breve, um segundo trabalho sobre outras possíveis ilegalidades praticadas nessa seara contratual. Finalmente, para que nada se perca, sintetizamos agora as conclusões desse primeiro trabalho:

- I) Contratos bancários típicos são aqueles em que uma das partes é uma instituição financeira no desempenho de sua atividade de intermediação monetária;
- II) Os contratos bancários, além de estarem submetidos à regulamentação do Conselho Monetário Nacional, também sofrem a incidência, em tese, da legislação consumerista;
- III) Alguns contratos bancários não estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, sobretudo quando o cliente for pessoa jurídica empresária e a operação tiver por escopo a obtenção de capital de giro ou, ainda, quando tiver relação com a atividade empresarial do cliente;

IV) A vulnerabilidade é o principal elemento para conceituar consumidor e pode justificar a aplicação, ou não, do Código de Defesa do Consumidor em benefício dos empresários, independentemente do enquadramento do cliente no conceito de destinatário final da operação;

V) Existe uma tendência de que o Supremo Tribunal Federal acompanhe a jurisprudência de diversos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, declarando a inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória 2170-36, que permitiu, nos contratos celebrados dentro do sistema financeiro nacional, a capitalização de juros em período inferior a um ano;

VI) O Superior Tribunal de Justiça terá pelo menos mais uma chance de rever sua jurisprudência, até agora favorável à constitucionalidade do dispositivo legal acima mencionado, ao apreciar, no sistema de recursos repetitivos, o REsp. 1.003.530/RS, por iniciativa do Ministro Luis Felipe Salomão, que como Desembargador julgou diversas vezes inconstitucional a MP. 2170-36;

VII) Na visão dos Bancos, a comissão de permanência, afastando-se de sua configuração original, hoje pode ser conceituada como um encargo diário cobrado por instituição financeira em razão do pagamento da dívida após o seu vencimento, calculado segundo as taxas originalmente pactuadas para o período de normalidade contratual ou segundo a taxa de mercado do dia do pagamento, sem prejuízo dos juros de mora, mas vedando-se sua cumulação com qualquer outra taxa remuneratória. Seu objetivo seria desestimular o prolongamento unilateral da obrigação e remunerar o capital.

VIII) Para a jurisprudência amplamente dominante, entretanto, é impossível saber a real composição da comissão de permanência, razão pela qual só se permite a sua incidência quando não cumulada com qualquer outra verba remuneratória ou moratória, observada a média praticada pelo mercado, tendo como limite a taxa prevista no contrato;

IX) Na hipótese de previsão contratual de cobrança da comissão de permanência cumulada com qualquer outra verba remuneratória ou moratória, há divergência jurisprudencial sobre qual delas deve prevalecer. Sustentamos, contudo, que deve ser afastada a mais onerosa para o aderente do contrato.

X) A jurisprudência reconhece que o consumidor tem o direito potestativo de liquidar antecipadamente suas dívidas, com o abatimento proporcional dos juros e demais acréscimos contratuais de forma proporcional, na forma do Código de Defesa do Consumidor;

XI) Consideramos nula de pleno direito a cláusula contratual que condiciona o exercício desse direito ao pagamento de taxa de liquidação antecipada, sendo ilegal, portanto, a forma de cálculo do desconto prevista na alínea “a” do inciso II do artigo 2º, da Resolução 3516 do CMN, pois sendo norma inferior à lei não poderia criar um ônus para que o consumidor exercesse um direito estatuído no Código de Defesa do Consumidor;

XII) Não existe limite constitucional, legal ou normativo para fixação dos juros remuneratórios nos contratos celebrados dentro do sistema financeiro nacional;

XIII) Decompondo o *spread* bancário verificamos que o lucro líquido dos bancos chega a quase 30%. Sem se descuidar dos dados concretos, a jurisprudência admite a modificação da taxa de juros de um contrato bancário, caso se constate que ela supera excessivamente a média apurada pelo Banco Central e divulgada no seu site;

XIV) Sem prejuízo da luta individual dos nobres advogados na defesa dos direitos dos seus clientes, boa parte das ilegalidades praticadas pelas instituições financeiras pode ser atacada através de ações coletivas, em geral propostas pelos Ministérios Públicos dos Estados. ❖

Delinquência Juvenil

Infraestrutura da

Criminalidade Adulta*

Lia Pantoja Milhomens

Juíza de Direito (aposentada) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Advogada

I - INTRODUÇÃO

Em 1981, no Concurso de Monografias “Prêmio Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro”, tive um trabalho premiado, sob o título “Delinquência Juvenil – Infraestrutura da Criminalidade Adulta”. Inspirei-me, na ocasião, na experiência obtida nas funções de Curadora de Menores que então exercia em Comarca do interior do Estado do Rio de Janeiro, desde 1980, quando ingressei no “Parquet” fluminense, por concurso de provas e títulos.

Trabalhando em cidades pequenas, o profissional pode dispor de mais tempo e oportunidades para conversar com sujeitos das medidas de prevenção e de penas, ouvindo-lhes as histórias de suas vidas, por trás dos frios documentos de um processo, orientando-os a uma conduta mais conforme às normas legais, explicando-lhes o modo de funcionamento das regras sociais, a necessidade de se conseguir uma relativa harmonia nas comunidades humanas para se obter o progresso e, acima de tudo, o porquê da decisão judicial que determinou o seu internamento. E, muitas vezes, ocorre a gratificação de receber em seu gabinete alguns daqueles personagens, mais tarde, após o cumprimento de suas condenações, felizes e reconduzidos ao convívio familiar e social, tendo-se, enfim, a certeza de que não mais voltarão a delinquir.

Tenho acompanhado a evolução de toda a problemática social a partir do final da 2ª. Grande Guerra Mundial. Suas consequências iniciais foram observadas nos pequenos cidadãos de 1980 (geração dos anos sessenta) que chegavam até as Delegacias, ou às prisões. Os efeitos-embrião, mais tarde, se abriram em árvores frondosas de maléficos frutos,

* Resumo feito pela autora de textos extraídos de sua obra de mesmo nome.

lançando suas raízes nas duas gerações que nasceram a seguir. Esse acompanhamento foi feito, quer nos processos decididos quando eu já estava no exercício da magistratura, quer no desenrolar dos dramas pessoais observados no meu entorno social.

É com a qualidade do ser humano que habita a face da Terra que nos devemos preocupar. A espécie já demonstrou grande capacidade de evolução. Voltam, agora, a predominar os instintos, como que tentando trazer-nos atavicamente à condição do apenas pobre e amedrontado *Homo faber*, que utiliza os próprios mecanismos que produz contra si próprio, sem perceber, pois não sabe que o faz nem por que o faz.

Embora o tema que abordamos seja mais abrangente, cabe discurrir sobre a necessidade do controle, pelo Estado, da distribuição e do uso substâncias estupefacientes, também chamadas entorpecentes, as conhecidas “*drogas*”, para proteção da própria sociedade, pois ele é o mais interessado na manutenção da paz social. O uso indiscriminado, como ocorre em nossos dias, é um mal que ameaça toda a humanidade: além da contenção da natalidade, grande parte do grande contingente de jovens é destruída.

O fato da distribuição indevida e ilegal de substâncias entorpecentes é, em um sentido estrito, um **crime de LESA-ESTADO**, eis que visa à destruição de seus cidadãos. Em relação aos viciados, a situação é pior do que a do suicídio, pois se autodestróem vagarosamente, trazendo enormes transtornos para sua célula familiar, que, em descontrole emocional, vai refletir seu drama em todo o comportamento societário. E é justamente dos jovens que se espera produzirem benefícios no futuro de toda uma nação. É na sua formação que são feitos investimentos financeiros públicos e particulares vultosos, para que se tornem adultos úteis e colaboradores com a preservação do próprio Estado, como corporação social organizada. Todas essas expectativas se veem frustradas pelo efeito do uso consciente e cada vez mais numeroso desses venenos. Os dependentes adquirem vício nocivo à sua integridade física e mental, o que os torna indivíduos incapazes, sem condições físicas ou mentais de se conduzirem adequadamente, quando não contribuem para terríveis ocorrências em razão do efeito alucinógeno.

A maneira indiscriminada do uso dos tóxicos é a expressão de um **MEDO GENÉRICO**, que **Mira y Lopez** sentiu ser o maior gigante da alma,

mais perigoso e avassalador quando não pode ser pressentido ou reconhecido o seu objeto. Talvez o **medo de prosseguir** na escalada da evolução social, talvez o **medo de sentir** o homem menor do que sua própria obra, mas, sempre, destruidor.

Embora a análise, aqui, seja de uma grande massa populacional, pois a **antítese** é a delinquência juvenil como infraestrutura da crescente criminalidade adulta, e, forçosamente, se penetre na crítica populacional, a nível demográfico, há que ser feito um esclarecimento: não se procura descaracterizar a individualidade através de uma ótica genérica das pressões exógenas como causa da criminalidade, mas se pretende verificar o efeito da qualidade endógena, hereditária ou adquirida pelo indivíduo, em relação à sociedade em que vive e às pressões por esta contra ele exercidas. E, por outro lado, analisar o seu domínio sobre essas circunstâncias internas e externas, como variáveis ora facilitadoras, ora inibidoras da delinquência, na medida em que se possa desmassificar a ideia de cada indivíduo a respeito de si mesmo, em comparação com o universo ecológico que o cerca. Como **tese**, finalmente, a eficácia de meios para combater ou controlar a agressividade negativa na criança e no jovem, que usem o controle do medo indiscriminado à dor (influência no desenvolvimento da personalidade), e mudança da situação das relações de violência em sociedade (diminuição da criminalidade adulta pelo combate direto às suas causas, na infância e juventude, especialmente), a nível do DEVER SER.

II – EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES

Em 1979 da Era Cristã, decidiu a Organização das Nações Unidas reunir esforços mundiais em prol da melhoria das condições de vida das crianças que substituirão ativamente a atual geração no meio sociojurídico-econômico, considerando-se o ano de 1980, em, no máximo, 30 anos (se partirmos dos nascimentos considerados entre 1961 e 1967), levando-se em consideração que a duração média de uma geração se obtém pelas denominadas “*population waves*”, de Natham **Keyfitz**, diretamente ligadas a oscilações do sistema econômico. E a onda de nascimentos provocada em certa época tende a se renovar em intervalos cíclicos, iguais à duração média de uma geração, porque, neles, as mulheres que nasceram vão, por sua vez, ter filhos. Esses fenômenos são explicados pelo Professor

João Lyra Madeira, em sua obra publicada na Revista Brasileira de Estatística, nº. XL, 157/158.¹⁻²

Keyfitz, em sua obra **Population Dynamics**, na página 6, apresenta tabela em que demonstra que as

“ondas repetidas têm um ciclo praticamente igual ao intervalo médio entre gerações, o que vem dar um significado concreto aos termos correspondentes às raízes imaginárias da equação característica, na solução da equação integral de Lotka”,

o que coloca em realce, como componente do ciclo de nascimentos, a duração média de uma geração.

É evidente que, para a obtenção desses dados, a nupcialidade é um fator preponderante. Para a demografia matemática, é um fator de grande importância para a boa compreensão e formulação de modelos de crescimento demográfico – a curto prazo, as variações de renda e do emprego influem na taxa de casamentos, o que vai, por sua vez, influir nos totais de nascimentos. É assim que influi o sistema econômico na variação da natalidade e da demografia. Em nosso trabalho podemos ater-nos a essa amostragem, mesmo sabendo que, em nossa realidade brasileira, existe uma natalidade à margem da nupcialidade convencional, mas não foge, em seus princípios, às influências acima apontadas.

Notadamente a partir do primeiro pós-guerra (1ª. Guerra Mundial, entre 14 de julho de 1914 e 11 de novembro de 1918), a comunidade internacional, através dos Organismos constituídos por países de todo o Planeta, passaram a legislar, através de Tratados e Convenções, sobre a proteção à infância e à juventude. Esse movimento se intensificou a partir do segundo pós-guerra (2ª. Guerra Mundial, conflito militar global que durou de 1939 a 1945), com notável evolução no trato desse assunto. Os principais organismos internacionais que legislam sobre as políticas referentes à infância e a juventude, dos quais o Brasil faz parte, são:

- **OIT** - Organização Internacional do Trabalho: adotou três Convenções, em 1919 e 1920, com o objetivo de abolir e regular o trabalho infantil.
- **ONU** - Organização das Nações Unidas, ou simplesmente Nações Unidas – **UN** (siga do nome em Inglês – United Nations):

1 KEYFITZ, Natham. **Population Dynamics**, 1972, p. 6.

2 MADEIRA, João Lyra. “Dados Estatísticos Para a Análise Demográfica da População Brasileira”, in **Revista Brasileira de Estatística**, IBGE, Rio de Janeiro, Ano XL, nº. 157/158, p. 186

foi fundada em 1945, e possui várias agências, sendo que duas, especialmente, se destinam à proteção de direitos humanos e das crianças: UNESCO E UNICEF.

- **UNESCO** – sigla do nome em inglês (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) para a agência especializada da ONU, denominada Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas, instituída em 16 de Novembro de 1945.

- **UNICEF** – sigla do nome em inglês (United Nations Children’s Fund) para a agência da ONU denominada Fundo das Nações Unidas para a Infância, fundada em 11 de dezembro de 1946.

- **OEA** – Organização dos Estados Americanos (a sigla, em inglês, é OAS - Organization of American States), estabelecida em 1948.

Entre a Lei de Menores de 1927 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, no Brasil, houve a assinatura dos seguintes acordos internacionais, já sob o comando da Organização das Nações Unidas, substituída da Liga das Nações, que estabeleciam normas sobre o direito das crianças:

1º. – Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU).

2º. – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU).

3º. – Declaração Universal do Direito das Crianças (ONU) – aprimorado pelos seguintes instrumentos :

1 – **OEA**: “Pacto de San Jose de Costa Rica” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos);

2 – **ONU**: “Regras de Beijing” (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça);

3 – **ONU**: “Convenção Sobre os Direitos das Crianças”, da Infância e da Juventude);

4 – **ONU**: “Regras de Tóquio” (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade);

5 – **ONU**: “Princípios Orientadores de Riade” (Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil).

4º – Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU)

5º - Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU).

6º – Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA) - item 3º., 1 – supra.

7º – Diretrizes de Riade - Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (ONU) – item 3º., 5, supra.

8º - Convenção nº 138, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

9º – Convenção nº. 182, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Os **princípios** que compõem a **doutrina da proteção integral da criança**, que foi pela primeira vez enunciada na Declaração Universal dos Direitos das Crianças, foram adotados, a partir de então, em todos os Códigos nacionais que regularam o assunto, inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, no Brasil, que são a decorrência da necessidade do estabelecimento de um direito diferenciado para eles. Já no seu preâmbulo, aquele tratado reconhece que *“a criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento”*; e que é impossível a garantia de um direito sem que se garantam também os direitos correlatos. Apresenta uma ação integral, compreendidos os direitos e privilégios de seguridade social, educação, trabalho, convívio familiar e social, a fim de obter uma proteção de forma completa e saudável, com o aproveitamento dos potenciais máximos do indivíduo em formação

III – BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE MENORES NO BRASIL

Apesar de ter sido proclamada a república no Brasil, em 1889, e promulgada a sua primeira constituição em 24 de fevereiro de 1891, vários anos se passaram até que houvesse a reorganização do Estado, através de leis e regulamentos expedidos pelos seus poderes públicos. Nesse interregno foram sendo ainda adotadas determinações do tempo do Império que não contrariassem os princípios da nova forma de governo que então se implantara. Dentre essas normas legais se incluiu o Código Criminal de 1830, somente revogado em 1890, quando, em 11 de outubro, pelo Decreto nº. 847, foi promulgado o primeiro Código Criminal da República, substituído pelo Código Penal atualmente em vigor, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, com várias modificações,

sendo a mais abrangente a levada a efeito pela Lei nº. 7.209, de 11 de julho de 1984, que reformulou toda a parte geral.

Muitos outros problemas sociais estavam sendo resolvidos nesse período de entre-guerras do século XX, notadamente o direito das mulheres ao voto e as soluções sanitárias para doenças endêmicas nas metrópoles. Nesse período de nossa História destacava-se, individualmente, dando apoio às atividades de Oswaldo Cruz, o grande humanista e jurista bahiano José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, que apresentou um projeto de Código de Menores, com as premissas de proteção e auxílio à infância e à juventude desvalidas. Esse importante personagem brasileiro já vinha atuando com empenho para a criação de abrigos, escolas, patronatos e creches – sua obra tem reconhecimento internacional, em uma época em que, como ele, nos Estados Unidos, idealistas também faziam um movimento nesse sentido de tratamento social e de reabilitação dos delinquentes juvenis, que influenciou decisivamente a Criação da Corte Juvenil de Chicago.

O Decreto nº. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que ficou conhecido como Código Mello Mattos, e a Lei nº. 6697, de 10 de outubro de 1979, cuja vigência foi iniciada em 11 de fevereiro de 1980, contemplavam a doutrina da “**situação irregular**” (modelo tutelar), que consiste em centrar a meta da proteção legal na sociedade, isolando os jovens com desvio de comportamento, sem se preocupar com sua reintegração ao seio social.

O substituto do “Código Mello Mattos”, que entrou em vigor em 11 de fevereiro de 1980, 120 após sua publicação, nos termos do seu artigo 122, o Código de Menores, ainda se mantinha sob uma influência mais repressiva do que preventiva e, depois, em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei nº. 8.069, que está em vigor, com caráter essencialmente preventivo, institucionalizando a “**proteção integral**”.

No espaço de tempo entre o Código Criminal de 1830, ainda imperial, o republicano de 1890, e a Consolidação de 1927, os dois primeiros regularam a situação dos menores no Brasil, juntamente com leis esparsas, notadamente no que concerne à idade do início da responsabilidade penal. No livro, de mesmo nome deste trabalho, é feita uma análise geral comparativa dos principais princípios contidos tanto nesses diplomas legais quanto nas três leis especiais sobre menores, todas expedidas no século XX,

já na era republicana brasileira, seguindo as diretrizes das doutrinas dominantes em âmbito internacional, bem como atendendo a tratados e convenções ratificados e aprovados pelo governo brasileiro – antes de 1927, os precedentes da Organização Internacional do Trabalho, que estabeleceram normas para o trabalho infantil.

O “Código Mello Mattos” (de 1927) foi um marco no tratamento da situação do menor em situação de perigo ou de desvio de comportamento: firmou-se a obrigação do Estado de interferir nesse aspecto societário nacional, excluindo a iniciativa particular. Anteriormente, os movimentos filantrópicos ou religiosos eram os sustentadores de políticas protecionistas e mantenedores de instituições para o acolhimento dos menores abandonados, muitos deles sendo descredenciados. A população abrangida era composta por **(a)** abandonados (de primeira idade, infantes expostos e abandonados) e **(b)** de delinquentes, sendo protecionista (proteção específica) em relação aos primeiros e repressor em relação aos segundos. De qualquer forma, essa lei representou uma grande inovação, em termos internacionais, para a época, mesmo em face de países europeus industrializados, que ainda exploravam esse trabalho, apesar das Convenções da OIT – Organização Internacional do Trabalho, em 1919 e 1920, sobre a proteção do trabalho infantil.

O Código de Menores (1979), dentre outras particularidades, distinguia o processo relativo ao menor em situação irregular (artigos 94 ao 98) do processo relativo ao menor praticante de infração penal (artigos 99 ao 103). Havia “*delegação de pátrio poder*” (art.17, I e arts.21 a 23), mediante termo notarial assinado pelo Juiz de Menores, e um procedimento para a “*perda ou suspensão do pátrio poder*”, na forma do Processo Civil (artigos 104 a 106). O processo, em relação ao menor, era ainda *inquisitorial* e, em relação aos detentores do pátrio poder, *contraditório*, quando não se contentassem com as medidas aplicadas (art. 95) ou quando eles mesmos fossem as partes. Embora fosse permitido aos pais ou ao responsável intervir nos processos através de advogado com poderes especiais (procurador- art. 93), sendo o mesmo intimado de todos os atos, este não era encarregado de fazer a defesa do menor, nem sua presença era obrigatória — pois a fase contraditória não estava prevista.

Tanto a Biologia quanto a Psicologia entendem que a criança e o adolescente se encontram com a personalidade em formação e, por isso, sujeitos a uma incidência mais profunda das variáveis facilitadoras e

incitadoras à prática da criminalidade, a par de fatores endógenos ainda pouco detectáveis a uma primeira análise superficial de sua conduta — e, como tal, necessitam de maior proteção do Estado do que os outros cidadãos. Por isso muito se critica o Código de Menores revogado, por ter dado uma ênfase muito grande à inquisitorialidade dos procedimentos de aplicação de medidas previstas — até mesmo o Código anterior, de 1927, recomendava um exame técnico antes de submeter o indivíduo ao processo, apesar de entendê-lo como uma atividade administrativa do Juiz de Menores. Felizmente esse aspecto de se lidar com o menor, no Estatuto da Criança e do Adolescente, foi restaurado, dando-se ao Juiz da Infância e da Juventude uma estrutura técnico-especializada para seu assessoramento, que o Juiz de Menores não tinha.

A nova codificação, expedida pela Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, não fala mais em “menores”, estabelecendo a idade limite da adolescência em 18 anos (art.1º.). Mas, no art. 2º., parágrafo único, estende sua abrangência a “pessoas” entre 18 e 21 anos de idade, excepcionalmente, nos casos previstos em lei. Disposição também existente no inciso II do art.1º., do Código de 1979, que vai de encontro à tendência mundial de diminuição do termo inicial de idade para a imputabilidade penal.

Na verdade, todas as legislações, nos diversos países onde se encontra um desenvolvimento ao menos relativo, no campo social, desde a década de setenta do século passado, vêm reconhecendo a necessidade de um tratamento diversificado a cada menor que pratica um ato convencionalmente tido como delito, de acordo com as circunstâncias do seu desenvolvimento mental e capacidade para entender o caráter criminoso do fato que lhe é imputado, antes de se lhe aplicar a sanção apropriada, com tendência crescente para diminuir a idade limite da irresponsabilidade penal, sempre. Mas, no Brasil, tendo-se em vista que esse assunto foi objeto de mandamento constitucional, conforme o disposto no art. 228, da Constituição Federal de 1988, há uma grande dificuldade em sua redução, embora esse se constitua em um anseio da sociedade, porque: tratando-se de “cláusula pétrea”, por ser considerada definição de um direito individual, não pode ser modificada pelo poder constituinte derivado. Contudo, em outras ocasiões, dado o elevado interesse nacional, esses padrões não foram atendidos em sua integralidade.

A doutrina da “**situação irregular**” foi substituída pela da “**proteção integral**”, advinda da declaração universal dos direitos das crianças,

pela ONU, em 1959, que inaugura uma nova forma de pensar a criança e o adolescente, dando-lhes um tratamento diferenciado e prioritário por serem seres humanos em desenvolvimento. A doutrina da “**proteção integral**” foi assumida pelo Brasil apenas em 1988, na Constituição Federal então promulgada e instrumentalizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990. A Carta Magna, em seu artigo 227, “caput”, alterado pelo art. 2º. da Emenda Constitucional nº. 65, de 13.7.2010, estende o dever de velar pelos menores, conjuntamente à família, ao Estado e à sociedade, o que significa importante progresso na maneira de encarar a proteção que deve ser dada à geração futura da nação:

“Art.227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Relativamente à adoção simples e à legitimação adotiva, o Brasil assinou, já na vigência do ECA, a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores, celebrada em La Paz em 24 de maio de 1984, cujo texto foi aprovado pelo Congresso através do Decreto Legislativo nº. 60, de 19 de junho de 1996. E, posteriormente, em 03 de agosto de 2010, foi sancionada a Lei nº. 12.010, que dispõe sobre a adoção, já não distinguindo a adoção simples da legitimada, dispondo especialmente sobre elas, unificando-as, alterando tanto os artigos do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Consolidação das Leis do Trabalho que dispunham sobre o assunto. Não analisaremos aqui esse instituto, colocando-se em evidência apenas os seus artigos primeiro e 51 (o *artigo primeiro efetua a unificação do conceito de adoção*, e o art. 51 fornece o *conceito de adoção internacional, em consonância com normas internacionais*), para o efeito de uma análise geral e simplificada:

“Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista na Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 1º. A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

§ 2º. Na impossibilidade de permanência na família natural, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda, observadas as regras e princípios contidos na Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, e na Constituição Federal.”

.....
“Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo nº. 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº. 3.087, de 21 de junho de 1999.”

IV - DISTRIBUIÇÃO DA POPULAÇÃO BRASILEIRA, EM COMPARAÇÃO COM OUTRAS, POR FAIXAS ETÁRIAS

Este tópico destina-se à identificação do grupo social, no seu aspecto de desvio de condutas, levando-se em consideração as variáveis criminológicas predisponentes, facilitadoras e inibidoras da criminalidade. A amostragem é do período compreendido entre os anos de 1970 e 2000, a respeito da qual já se encontram sedimentadas as estatísticas internacionais.

São três tabelas conjugadas, extraídas de dados fornecidos pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em trabalho publicado na Revista Brasileira de Estatística, ano XL, volume 157/158, de 1979, que nos dão ideia sobre o componente populacional atual e futuro, para uma projeção da necessidade de conduzir os rumos de opções de vida de forma mais condizente com a realidade mundial da convivência em grupos sociais, a fim de que se possa controlar maior explosão de agressividade, por necessidade de resguardo ao espaço no próprio agrupamento humano, em relação a toda a ecologia.

1ª. tabela: Resume as possibilidades de vida em um país em desenvolvimento, como o nosso, e em outro, desenvolvido e tecnologicamente avançado, em comparação com a distribuição, por classes de idades, nas várias regiões do mundo, salientando-se os locais de maior concentração.

2ª. tabela: Aqui se comparam as proporções de pessoas por grandes classes de idades, entre os anos de 1970 e 2000, no Brasil, com as taxas de crescimento quinquenal, no mesmo período, concluindo por uma previsão, tanto no caso de um declínio de natalidade que compense o declínio da mortalidade, sendo o primeiro caso alternativa superior e, no segundo, uma alternativa inferior.

3ª. tabela: Aqui se procura, dentro de uma população hipotética, e a comparação entre o declínio da fecundidade e o da mortalidade, sendo o efeito do primeiro maior do que o do segundo, demonstrar que o controle em relação a um deverá sempre prover no sentido de que, de futuro, não fique um contingente muito maior de pessoas fora da fase de produção, em dependência de um reduzido número daqueles em idade de força de trabalho. O que representaria, também, uma variável facilitadora da criminalidade, desta feita voltada especialmente contra a terceira faixa etária aqui considerada (entre “65 e mais”).

Quanto aos aspectos acima indicados, a par da crise de urbanização, comenta o Professor João Lyra Madeira, na obra citada, a fls. 201-203:

“Entre os diferentes aspectos do problema do crescimento demográfico devemos salientar, especialmente, o problema da urbanização. De fato, ao lado da explosão demográfica dos últimos decênios, em parte alimentada por ela e em parte pelas migrações do campo para as cidades, tem-se observado, também, uma explosão urbana de proporções inéditas, caracterizada por um crescimento excessivo das maiores cidades e das grandes áreas metropolitanas. Essa explosão se torna patente no Brasil se considerarmos que, enquanto o país, como um todo, cresceu no decênio 1960/1970 a uma taxa média anual de 2,8%, os aglomerados urbanos de mais de 100.000 habitantes cresceram a uma taxa anual de 6,30% Assim, se a explosão demográfica do País faz a população dobrar em 24 anos e meio, os aglomerados urbanos de mais de 100.000 habitantes dobrarão seu volume demográfico em apenas 11 anos.”

V - A AGRESSIVIDADE NEGATIVA INFLUENCIANDO A PERSONALIDADE

Além da conceituação da personalidade, para o posicionamento deste tema, há de ser feita a colocação do papel da agressividade a nível individual e social, influenciando na tendência a delinquir, do ser humano.

Invocamos, assim, durante a exposição, os estudos de **Mira y Lopez**³, dedicados à psicologia jurídica, bem como os de **Freud, Lorenz e Adler**.

Sobre as emoções primitivas ligadas à tendência defensiva ou ofensiva, características da base do sentimento de conservação individual que atua na agressividade proveniente de fatores exógenos, entende-se que devem atuar todos os mecanismos inibidores educacionais. Porque, aliados a idéias ou conceitos absorvidos pela personalidade, principalmente em sua formação, vão fazer surgir o que Mira y Lopes denomina “*estados afetivos secundários*”, que podem conduzir à criminalidade.

Os estados afetivos secundários podem também surgir da combinação entre aquelas três emoções primitivas e são eles a alegria, a tristeza, a inveja, a desconfiança, a ansiedade, a vergonha, etc..

Sob uma ótica apenas científica, podemos afirmar que a pobreza não é, por si, um fator facilitador da criminalidade de um indivíduo. Contudo, a comparação da sua situação de pobreza ou miséria econômico-financeira que um indivíduo faz com a de abundância de grande contingente da população, aliada à idéia, certa ou errada, de que não tem, normalmente, condições de atingir níveis desejáveis de abundância da sociedade de consumo que lhe são apresentados a cada passo, e de que seria justo para ele possuí-los, desde que deles toma conhecimento, faz surgir nele os estados afetivos secundários que o levam à transferência da agressividade negativa e à criminalidade. Assim, tomando-se parâmetros de comparação, a pobreza é um fator facilitador, e não pode ser considerada isoladamente.

Deve-se aqui entender a situação da criança ou jovem não adaptado socialmente em nossos dias: ou **(a)** ele pertence a um meio economicamente estável ou superior, mas não entende a necessidade de contribuir com um “*status*”, um papel e um estilo de vida dentro da sociedade a que pertence, ou **(b)** faz parte do contingente social na linha da pobreza ou abaixo dela, onde as perspectivas de alcançar um degrau acima de seu nível se tornam muito distantes.

3 MIRA Y LOPEZ, Emilio. **Manual de Psicologia Jurídica** (Libreria y Editorial El Ateneo, Buenos Aires, Argentina, 1950, p. 56/62).

A **elevação da nossa capacidade cerebral**, a esta altura da nossa trajetória como espécie, onde se iniciam descobertas científicas e tecnológicas extraordinárias em um ritmo de velocidade intenso, e com as exigências de novas modalidades de relações sociais daí decorrentes, implicaria em um passo adiante de **evolução humanista** do “*Homo sapiens*”, que modernamente vem sendo indicado como “*Homo sapiens sapiens*”, para o “*Homo moralis*”. Seria, então, necessário um **salto de qualidade** conforme parte do meio científico o tem denominado, para indicar uma resposta positiva necessária à sobrevivência da espécie, não dependente apenas do desenvolvimento tecnológico, mas de novos paradigmas morais e éticos em uma convivência de explosão demográfica que já começa a esgotar o meio ambiente e as fontes de sustento da vida humana. Este novo homem deverá ser um **primata cooperativo**, e não o **primata competitivo** que temos sido ultimamente. Não é uma transformação, mas uma retomada de atitude, tanto individual quanto coletiva: não seria natural um movimento evolucionário de nossos ascendentes, desde sua humilde origem até o nosso atual legado cultural, sem um instinto de vida, agregador, prevalente ao de morte, desagregador. A competição, que se forma na infância e na juventude, é de origem cultural e não instintiva, por isso desencorajável através de uma educação que prime pela formação de um “Ego” aglutinador.

VI – A CRIMINALIDADE ADULTA COMO ETAPA POSTERIOR DA DELINQUÊNCIA JUVENIL E DAS CONDUTAS DESVIANTES.

A norma jurídica penal, que descreve comportamentos delituosos em seu preceito, a nível do “dever ser”, delimita as duas zonas, do lícito e do ilícito, como sendo **(a)** uma em que o homem é livre de atuar segundo a sua vontade e os seus interesses e **(b)** a outra diante da qual tem de se deter, se não quiser ofender aquilo que o Direito apresenta como intocável no interesse da convivência comum, e provocar contra si o poder sancionador estatal.

Essa limitação corresponde não só a um princípio de justiça, que se resolve em harmonioso equilíbrio entre bens e interesses juridicamente protegidos, mas a um objetivo mais imediatamente realista, que é assegurar a possibilidade da consecução dos fins visados pelo indivíduo e pela sociedade.

Não se pode, apesar de não haver, tecnicamente, reincidência, nem registro de infrações relativamente a crianças e adolescentes, negar que ela existe, de fato, pois tipos penais são perpetrados pelo indivíduo antes dos 18 anos de idade — a lei não retira mais a sua responsabilidade, apenas o torna inimputável, o que se refere tão só à parte sancionadora da norma penal. E esse efeito, apesar de não constar nas estatísticas policiais, deve ser levado em conta ao se fazer uma análise empírica do crescente aumento da criminalidade adulta, pois este está relacionado ao aumento da delinquência juvenil — eis que esta é, em nossos dias, em nível muito mais elevado do que em outras épocas, decorrente do abalo dos paradigmas morais e éticos da sociedade, que encontra a sua personificação quando se examina o comportamento contrário à norma jurídica na personalidade já formada, ou seja, no adulto, apesar de se constituir em uma evolução progressiva, que se inicia e se desenvolve na infância e na adolescência.

É bem verdade que o adulto, tido como bem formado na infância e na juventude, poderá eventualmente ser levado à criminalidade, sob certas circunstâncias de pressão exógena ou endógena, sem ter passado pela delinquência juvenil: mas isso é acontecimento naturalmente previsível pelo princípio da própria falibilidade humana, funcionando em favor da sua contenção o aspecto preventivo genérico e específico da norma penal, na medida em que parta de uma maioria social empenhada em manter um nível moral e ético elevado — há a contingência da moral autônoma e heterônoma. Mas hoje, a maior massa de criminosos habituais já se forma a partir da infância e da adolescência, não lhes surtindo mais efeito a prevenção da norma repressora, em idade de imputabilidade penal: porque a conduta conforme a norma não lhe foi ensinada no período da formação da sua personalidade, em razão da anomia da sociedade em que se desenvolveu, o que, por si, já é um fator predisponente à absorção de uma cultura de desatenção à norma jurídica.

Na realidade, é atacando o problema pela base que conseguiremos debelá-lo. E as bases da conduta desviante adulta se encontram na sua educação na infância e na adolescência. Nesse setor é que se deve influir mais ativamente, através de ação direta do Estado, a tal ponto já chegou a erosão familiar.

E nessa intervenção estatal urge tanto a modernização do Código de Processo Penal, dando maiores poderes à polícia judiciária preventiva,

quanto da Lei de Tóxicos: é que as drogas representam um perigo para a formação de uma geração inteira, desvirtuando-lhe a capacidade psíquica, tornando-se um problema que atenta contra os próprios objetivos de desenvolvimento do Estado, já que a sua meta é sempre o homem e dele depende para consegui-la, a curto, médio e longo prazos. Tanto em relação àquele que trafica, quanto àquele que consome. Em especial, ao primeiro. E, em relação ao segundo, se o Estado, por princípio, investe toda a sua capacidade para o bem do homem e gasta grande parte de suas reservas econômicas e financeiras na sua formação, tem o direito de exigir-lhe a contraprestação, na época adequada.

VII – CONTRIBUIÇÕES: ESTRATÉGIAS A CURTO, MÉDIO E LONGO PRAZOS

Há urgência da adoção de uma política de menores mais concreta, com um plano nacional rígido de formação cívico-profissional, concedendo aos órgãos estatais, quer do Executivo, quer do Judiciário, uma Política Administrativa coordenada por um órgão especialmente criado para esse fim, com poderes para a execução de medidas de caráter pragmático para o combate à formação anômica e degeneração pelo tóxico, da criança e do adolescente. No livro de que se extraiu o presente excerto indicamos várias estratégias, classificadas conforme a possibilidade de aplicação imediata ou a um prazo razoável, que são apresentadas como contribuição, após o nosso estudo jurídico e sociológico da complexa realidade da delinquência juvenil, influenciando o aumento da criminalidade adulta, para uma redução dessa incidência, em nosso País. A seguir, para efeito de exemplo, enumeramos algumas :

— criação de um órgão coordenador e executor da política de Estado para a infância e a juventude, a nível de Secretaria de Governo Federal, com órgãos congêneres nos Estados e nos Municípios;

— concessão de maior poder disciplinar aos professores e diretores em toda a rede de ensino escolar, em todos os níveis, quer sejam da rede pública, quer da particular, na imposição de disciplina nos espaços interiores dos respectivos educandários, garantindo-lhes segurança no cumprimento do dever;

— desconcentração imediata das instituições que cuidam do bem-estar e educação do menor e do adolescente em situação de risco ou perigo, ou com desvio de conduta – quase todas estão localizadas nas capitais dos estados-membros, quando o certo seria localizá-las, o mais

possível, em municípios menores, de preferência no local de procedência do jovem ou de sua família. Ali há mais tempo para os órgãos públicos se dedicarem a eles, a nível do Executivo e do Judiciário, incluindo o Ministério Público, e o afastamento dos grandes centros de criminalidade e da maléfica influência do aglomerado de jovens de todas as procedências, com os mais diversos maus costumes;

— obrigatoriedade de empresas públicas e privadas manterem ou participarem da manutenção de creches destinadas não somente a filhos de seus funcionários, e orfanatos administrados por entidade declarada de utilidade pública, no município onde se localizarem as suas sedes e filiais onde trabalhem mais de 200 servidores ou empregados; podem ser estabelecidos convênios entre as diversas empresas para essa finalidade, visando a um aparelhamento e ao treinamento de um corpo de profissionais mais qualificados para atendimento às crianças e jovens atendidos;

— controle do fluxo migratório interno.

Não somente os cientistas devem observar a natureza para deduzir empiricamente as leis que regem a realidade em que vivemos. Todos nós, tanto para uma sobrevivência pessoal, quanto social, temos necessidade de desenvolver uma estratégia de vida em consonância com os princípios adequados à evolução da espécie e, nesse sentido, devemos observar o que normalmente ocorre à nossa volta, para nos comportarmos de maneira a obter os melhores resultados, pois, queiramos ou não, estamos integrados a um meio ambiente do qual somos partes e, não, elementos superiores e separados que consigam existir sem a cooperação recíproca.

É nessa fase de existência de nossa espécie que se opera um fenômeno interessante. Nas metrópoles modernas, um grande contingente de indivíduos que exercem influência no entorno social sofrem o efeito de condições de vivência das complexas estruturas sociais, quer nas famílias, células primárias de organização, quer no contexto das cidades e da própria nação. É que o elevado conhecimento tecnológico de nossos dias não tem sido acompanhado, em grande parte dos seres humanos, do correspondente desenvolvimento do seu raciocínio abstrato e da elevação da capacidade de solução de problemas advindos dessa situação, com a consequente percepção ético-moral necessária ao enfrentamento das novas questões apresentadas.

Por outro lado, o raciocínio abstrato do ser humano, hoje em dia, se distancia cada vez mais da procura de respostas para adequação do ser à

natureza, na ânsia de cada vez mais adquirir habilidades, sem atentar para o fato de que isso pode representar elemento negativo à sobrevivência, não só de si mesmo, como da espécie toda, de todo o meio ambiente. Enfim, na ânsia ou na pressa de obter determinado fim material, ao qual já está condicionado por diversos fatores que lhe retiram o esforço de pensar, passa o indivíduo a procurar apenas fazer, com a melhor técnica ao seu alcance, o seu mister, sem indagar da real necessidade ou do fim justo ou útil a ser obtido, se o for.

Num sentido biológico ou sociológico há de se recordar que um dos aspectos principais de uma sociedade é a existência da proteção das novas gerações (sobreposição das gerações), via parental. E esse aspecto particular é observado naturalmente em todos os mamíferos superiores que conseguiram sobreviver aos grandes desastres ambientais de nosso planeta: chegados aqui antes dos humanos, praticam, há milênios, efetivamente, a proteção integral dos seus componentes na sua infância e juventude, com uma responsabilidade compartilhada por todos os seus membros, fato que ainda não conseguimos entender plenamente e para o qual só há pouco tempo, a partir da “Declaração Universal dos Direitos das Crianças”, em 1959, tivemos nossa atenção direcionada.

Estamos, no Brasil, em um momento de tomada de iniciativas concretas para a melhoria psíquica e cultural da nova geração. Vários países vêm tomando essa iniciativa e já se vê algum sucesso. Ao mesmo tempo, deve-se entender que o consumo excessivo de drogas proibidas e de bebidas alcoólicas, pela nossa juventude mundial, é uma fuga coletiva de um mundo adulto que demonstra seu desprezo por valores da espécie como um conjunto em evolução e a procura de compensar a falta de perspectivas de melhoras nesse sentido. Incumbe a nós, adultos, tomar a iniciativa e colocar em obra toda a teoria que nos concedem as leis internacionais e nacionais sobre a criança e o adolescente.

Uma lei que não se efetiva como uma ação concreta de governo se torna letra morta e traz intranquilidade à unidade nacional. Uma filosofia que não assume os seus princípios mediante atitudes firmes no sentido de trazê-la à realidade social é apenas uma forma que intelectuais encontram de passar o tempo, elaborando pensamentos sem finalidades. ❖

A Proibição de Comportamento Contraditório no Âmbito da Administração Pública: A Tutela da Confiança nas Relações Jurídico-Administrativas

Lucio Picanço Facci

Procurador Federal. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

I. PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO: CONTEÚDO JURÍDICO E FUNDAMENTOS NORMATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

I.1 - O direito positivo brasileiro e o *venire contra factum proprium*

Muito embora doutrina especializada tenha aprofundado o estudo do princípio de proibição ao comportamento contraditório, tendo alcançado inclusive a formulação de pressupostos para a adequada aplicação do princípio, e conquanto a jurisprudência também já reconheça a existência do *nemo potest venire contra factum proprium*, fazendo-o incidir nos casos concretos, o fato é que o princípio nunca chegou a ser enunciado expressamente em lei.

Com efeito, o Código Civil brasileiro de 1916¹ não cuidou do princípio, omissão que não foi sanada pela vigente codificação civil². A carência de grandes inovações do novo estatuto civil se deveu, em boa medida, pela falta de atualidade do projeto que deu origem ao novel diploma. Realmente, por se amparar em projeto elaborado na década de 1970, muito antes, portanto, da nova ordem constitucional inaugurada em 1988, o vigente Código Civil nasceu desatualizado, não tendo se ocupado das

¹ Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

² Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

grandes conquistas constitucionais da contemporaneidade que tutelam com maior ênfase a personalidade humana e os valores existenciais do que a propriedade e os valores patrimoniais.³

Sem embargo das críticas feitas ao vigente Código Civil⁴, fato é que nenhum outro diploma legal – incluindo-se aí a vigente Constituição da República (CRFB/88) – regula expressa e especificamente um princípio geral de proibição ao comportamento contraditório. Cabe registrar que, no Direito Processual, a regra da preclusão *lógica*, consistente na perda de uma faculdade processual pela prática de ato incompatível com a conduta anterior da mesma parte⁵, muito embora não cuide especificamente do referido princípio, materializa, no âmbito da relação processual, a incidência da vedação de *venire contra factum proprium*. Nesse sentido, é a lição de José Carlos Barbosa Moreira, *verbis*:

a ninguém é dado usar as vias recursais para perseguir determinado fim, se o obstáculo se originou de ato praticado por aquele mesmo que pretende impugná-lo; no fundo, trata-se de aspecto particular do princípio que proíbe o venire contra factum proprium, e o impedimento ao recurso, em perspectiva dogmática, subsume-se na figura denominada preclusão lógica, que consiste, como é sabido, na perda de um direito ou de uma faculdade processual pelo fato de se haver realizado a atividade incompatível com o respectivo exercício⁶

3 Para maior aprofundamento, v. TEPEDINO, Gustavo. “O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”. **Editorial à Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 7. Rio de Janeiro: Renovar, 2001..

4 A referência que ora se faz aos Códigos Civis decorre da circunstância de que em tais diplomas legais historicamente constam – principalmente em suas partes gerais – as disposições relativas à teoria geral do Direito. São inúmeros os exemplos que figuram no vigente Código Civil: as regras sobre fatos, atos e negócios jurídicos; boa-fé objetiva; abuso de direito; prescrição e decadência etc. Por tal razão, a sede própria para se cuidar da proibição de comportamento contraditório seria no referido diploma legal.

5 Prescreve o art. 264 do vigente Código de Processo Civil (Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973), *verbis*: “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. *Parágrafo único*. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”.

6 **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. V. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 340. Na mesma linha de orientação, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, *litteris*: “O agravante foi alcançado por sua própria conduta anterior. *Venire contra factum proprium*, como bem definiram os antigos romanos, ao resumir a vedação jurídica às posições contraditórias. Esse princípio do Direito Privado é aplicável ao Direito Público, mormente ao Direito Processual, que exige a lealdade e o comportamento coerente dos litigantes. Essa privatização principiológica do Direito Público, como tem sido defendida na Segunda Turma pelo Min. João Otávio de Noronha, atende aos pressupostos da eticidade e da moralidade. 6. Não poderia a agravante, sob o color de uma perícia, desejar o melhor dos dois mundos. Ajuizar ações é algo que envolve risco (para as partes) e custo (para a Sociedade, que mantém o Poder Judiciário). O processo não há de ser transformado em instrumento de claudicação e de tergiversação. A escolha pela via judiciária exige de quem postula a necessária responsabilidade na dedução de seus pedidos”. (AgRg no REsp 946499/SP, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, DJ 05/11/2007 p. 257, REVPRO v. 154 p. 176).

Conquanto seja um princípio não regulado expressamente por nenhum diploma normativo vigente em nosso país, a proibição de comportamento contraditório surge justamente em decorrência da circunstância de que as fórmulas legais são insuficientes para resolver todos os conflitos surgidos na sociedade.⁷

Sabe-se que o Direito Constitucional contemporâneo é marcado pela *pós-modernidade* ou *pós-positivismo*.⁸ Com efeito, a *Modernidade*, identificada com o positivismo jurídico, procurou alcançar objetividade científica, equiparando o Direito à Lei, promovendo seu afastamento da filosofia e de novas reflexões, havendo dominado a ciência jurídica da primeira metade do século XX. Amparando-se em princípios de justiça que se supunham universalmente válidos, fomentou a deflagração de revoluções liberais e a formulação de Constituições e Códigos escritos. Seu ocaso é associado à derrota do fascismo, do nazismo, bem como às desumanidades praticadas na 2ª Guerra Mundial sob amparo da legalidade (de que são exemplos marcantes o campo de concentração de Treblinka e a explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki).

Após a 2ª Grande Guerra, as reflexões sobre eticidade e a incidência dos valores e princípios passam a ocupar mais intensamente o pensamento jurídico. Surge, então, a *pós-modernidade*, quadra em que se encontra o Direito contemporâneo, na qual há o rompimento com a pretensão utópica da *Modernidade* de justificar apenas através da razão o que seriam as verdades eternas, imutáveis, da ciência.⁹

A partir do abandono histórico do *jusnaturalismo* e do fracasso político do *positivismo jurídico* associado à *Modernidade*, abriu-se espaço para novas reflexões no campo do Direito, no qual se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de sua relação com os valores e regras.¹⁰

7 Vale transcrever a acurada advertência do jurista Melchhiades Picanço, para quem “se o exegeta ficar adstrito aos termos da norma expressa, limitando-se a invocar o *dura lex sed lex*, sem que se esforce no sentido de humanizar, tanto quanto possível, o Direito, poderá contribuir para que muitos ponham em dúvida a superior finalidade da lei, que deve ter por escopo a proteção da sociedade, garantindo-lhe uma subsistência jurídica, mas atendendo também, de modo razoável, aos sagrados interesses e às respeitáveis conveniências individuais”. “A lei, a jurisprudência e o bom senso”. In: **A força eterna do Direito**, v. 1. Rio de Janeiro: Peneluc, 1996, p. 46.

8 Por todos, cf. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247 e ss.

9 Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. **A trajetória da Filosofia do Direito na Modernidade**. Brasília/DF: CEAD/UnB, 2008. 20 p. (Pós-graduação em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/6/Biblioteca/Semana_4/Texto_base_semana_4.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2008, p. 1.

10 Para maior aprofundamento, v. BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-39.

A falta de lei expressa, portanto, não induz à conclusão da inexistência do referido princípio jurídico de proibição de comportamento contraditório. Apenas exige uma investigação mais profunda para demonstrar a sua aplicabilidade em nosso país, cabendo ao intérprete e aplicador das normas jurídicas – seja o magistrado, seja o administrador público –, tendo em vista a força normativa dos princípios, fazer incidir o princípio em ordem a densificar os fundamentos que lhe conferem juridicidade: solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé objetiva, tutela da confiança, todos decorrentes da dignidade humana, fundamento que alicerça “*todos os direitos constitucionalmente consagrados*”.¹¹

I.2 - Fundamentos do *nemo potest venire contra factum proprium*

A Constituição da República de 1988 elegeu como um dos seus *objetivos* a solidariedade social (art. 3º, I, última parte, CRFB/88). Dessa cláusula pode-se extrair um dos fundamentos constitucionais da vedação para agir de maneira contraditória. Com efeito, ao erigi-lo ao patamar constitucional, a vigente Constituição da República atribuiu ao princípio da solidariedade social não apenas o sentimento de identificação com os problemas de outrem, que leva as pessoas a se ajudarem mutuamente, mas, especialmente, impôs a todos o *dever* de consideração da posição alheia no universo das relações jurídicas.

Assim, tendo sido formulado como um meio de se impedir que o comportamento incoerente fira a legítima confiança das pessoas, o *nemo potest venire contra factum proprium* significa instrumento de densificação do objetivo constitucional de solidariedade social, havendo, dessa maneira, nas precisas palavras de Anderson Schreiber, “*direta vinculação entre a solidariedade social e o princípio de proibição ao comportamento contraditório*”.¹²

Outro fundamento de índole constitucional do *nemo potest venire contra factum proprium* é o *megaprincípio* da segurança jurídica¹³, erigida

11 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Ed. Livraria Almedina: Coimbra, 1998, p. 102.

12 SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 107.

13 A expressão é de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando aduz: “Trata-se, portanto, a *segurança jurídica*, de um *megaprincípio do Direito*, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o *princípio da confiança legítima*, o *princípio da boa-fé objetiva*, o instituto de *presunção de validade* dos atos do Poder Público e a *teoria da evidência*”. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

a princípio e valor constitucional pela vigente Constituição da República, que consagra a inviolabilidade à segurança no *caput* do seu art. 5º (compreendendo, como espécie, indubitavelmente, a segurança nas relações jurídicas), e assevera em seu preâmbulo que a instituição de um Estado Democrático se destina também a assegurar-la¹⁴. A proibição de agir contraditoriamente vai ao encontro da exigência comum de estabilidade das relações jurídicas, porquanto a possibilidade de frustrar legítimas expectativas contraria o anseio coletivo pela paz social e frustra a própria finalidade do Direito, que é o de promovê-la.

Além dos referidos fundamentos constitucionais, a proibição do comportamento contraditório tem por fundamento a boa-fé objetiva, instrumento de tutela da confiança legítima, princípio previsto no vigente Código Civil (CC/2002) em seus artigos 113 e 422. O Código Civil revogado, na sua parte geral, não aludia uma única vez à boa-fé, nem mesmo como regra de interpretação dos negócios jurídicos. A boa-fé era apenas considerada como um preceito ético e por isso deveria estar aninhada na mente das pessoas e não no texto legal. A boa-fé não era, assim, entendida como um conceito jurídico, mas um conceito ético; pertencia ao mundo da moral, e, portanto, era considerada apenas no seu aspecto *subjetivo*, isto é, não era uma regra obrigatória de conduta, não consubstanciava um dever jurídico.

Pelo novel diploma, a interpretação dos negócios jurídicos será feita conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113, CC/2002), ou seja, a boa-fé foi erigida a regra de hermenêutica dos negócios jurídicos. Além de encerrar uma regra de interpretação, a boa-fé objetiva foi alçada pelo vigente estatuto civil também como dever jurídico de comportamento das partes (art. 422, CC/2002), segundo a qual em todo e qualquer contrato, e ao longo de toda a sua execução, as partes são obrigadas a guardar a mais estreita transparência e probidade, o que já não constitui regra de hermenêutica, mas sim de conduta, vale dizer,

14 Como já tivemos a oportunidade de assinalar alhures, não é destituída de importância a inclusão da segurança jurídica no preâmbulo da Constituição, posto que essa revela os valores que inspiraram o constituinte originário na elaboração da Lei Maior (“Do prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública”. Revista da AGU nº 20. Brasília-DF, abr./jun. 2009, p. 229). Nesta pauta, vale repisar lição de Paulino Jacques no sentido de que “o preâmbulo, como vimos, não contém normas, regras objetivas de direito, mas, tão-somente, princípios, enunciados teóricos, de caráter político, filosófico ou religioso, que integram a Constituição. Se as normas contidas nos artigos do estatuto supremo constituem, por assim dizer, o corpo da Constituição, é bem de ver que os princípios que se enunciam no preâmbulo, são o seu espírito. *‘Não é uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela – sustentava João Barbalho – as simples palavras que o constituem, resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuídos dos que a arquitetaram (Comentário à Constituição Federal, p. 2)’*”. JACQUES, Paulino. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 97-98.

norma de agir, verdadeiro comando aos contratantes. A boa-fé passa a ser uma cláusula geral implícita de todo e qualquer negócio jurídico. A terceira e última função atribuída pelo novel diploma, a boa-fé objetiva consiste em servir o preceito como limitador dos direitos subjetivos, impedindo o seu exercício abusivo.¹⁵ Com efeito, a concretização da teoria do abuso de direito impõe a consideração de que os direitos subjetivos são limitados pelo seu fim econômico ou social, pelos bons costumes e, principalmente, pela boa-fé (art. 187, CC/2002). Nesta pauta, cumpre registrar segura lição de Heloísa Carpena, *litteris*:

[A]o condicionar o seu exercício a parâmetros de boa-fé, bons costumes e à finalidade sócio-econômica, o legislador submeteu os direitos – individuais e coletivos – aos valores sociais que estes conceitos exprimem. (...) Todo e qualquer ato jurídico que desrespeite tais valores, ainda que não seja ilícito por falta de previsão legal, pode ser qualificado como abusivo, ensejando a correspondente responsabilização¹⁶

Não poderíamos encerrar o presente tópico sem antes ressaltar que todos e tais princípios, aqui identificados como fundamentos jurídicos para a proibição de comportamento contraditório, convergem para a concretização da dignidade humana. Se tivéssemos que reconhecer uma norma como a mais importante na fisiologia constitucional, seria a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, inscrita como fundamento da República Federativa do Brasil, consoante dispõe o inciso III do art. 1º da Constituição Federal vigente. Como se sabe, encerra a dignidade da pessoa humana não apenas um critério de revelação de direitos implícitos, como também um critério exegético para interpretação dos direitos fundamentais já constantes da Constituição. Tal princípio informa todos os direitos e deveres inscritos no ordenamento e, conseqüentemente, condiciona a atividade do Poder Público, ao qual compete não apenas respeitar a dignidade humana mas, para além desse dever, cumpre conferir máxima efetividade ao princípio. Nesse sentido, asseverou Daniel Sarmiento, *in verbis*:

15 Sobre a tríplice função da boa-fé objetiva vide FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil – teoria geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 511.

16 “Abuso do Direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil – estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 394.

*O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.*¹⁷

I.3 - Instrumentalização jurídica do *nemo potest venire contra factum proprium*: pressupostos gerais para a aplicação do princípio

A aplicação do princípio da vedação ao comportamento contraditório pressupõe a ocorrência cumulativa de quatro eventos: (i) uma conduta inicial – o *factum proprium*; (ii) a confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivamente extraído do *factum proprium*; (iii) o comportamento contraditório em relação ao sentido objetivo da conduta inicial; (iv) dano efetivo ou potencial. Passaremos, doravante, a cuidar separadamente de cada um desses pressupostos.

Muito embora a doutrina tenha cunhado a expressão *factum proprium* para se referir à conduta inicial, obviamente que a locução quer referir apenas à atuação humana e não, como induz o primeiro vocábulo, aos fatos jurídicos em sentido estrito, isto é, aos eventos da natureza. O que se exige, para a instrumentalização jurídica do princípio de proibição de comportamento contraditório, é que tenha havido um comportamento humano inicial, oriundo da vontade humana.

Essa conduta inicial que dá origem à aplicação da proibição do comportamento contraditório nem tampouco pode ser enquadrada na categoria de ato jurídico, mesmo considerado em seu sentido amplo, eis que ao *factum proprium*, diversamente do que ocorre aos atos jurídicos em geral, o ordenamento ou a vontade não atribui efeitos jurídicos específicos.¹⁸ Os efeitos que se atribuem à conduta inicial decorrem da necessidade de proteção à confiança legítima de outrem, amparada na expectativa de preservação do comportamento inicial. Daí haver Anderson Schreiber sintetizado, com precisão, que o *factum proprium* “*não é jurídico, torna-se jurídico*”.¹⁹

¹⁷ **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59-60.

¹⁸ Sabe-se que os atos jurídicos em sentido estrito produzem efeitos *ex lege*, independentemente da vontade, ao passo que os efeitos dos negócios jurídicos produzem-se *ex volutate*. Por todos, cf. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**, v. II. Coimbra: Almedina, 1983, p. 8.

¹⁹ O eminente civilista enuncia exemplos elucidativos de *factum proprium*, *litteris*: “o comportamento concreto de uma das partes à margem das disposições contratuais, a sustentação de um certo sentido na interpretação de uma norma qualquer, as negociações preliminares a um contrato e qualquer outra conduta que não seja em si declarada

Por tais razões, o comportamento inicial também não se confunde com o ato ilícito. Em se tratando de ilicitude, o ordenamento jurídico equacionará a questão, impondo ao fato as consequências jurídicas previstas nos textos legais. A ilicitude não constitui, dessa forma, o próprio *factum proprium*, mas decorre da sua posterior contrariedade e do conseqüente ferimento à confiança legítima.²⁰

Em sua origem, a conduta inicial seria um comportamento juridicamente irrelevante, não destinado a produzir efeitos jurídicos imediatos. Todavia, ante a ausência de disposição legal expressa tendente a impedir ou punir a prática do comportamento contraditório em relação a essa conduta inicial, será por meio da aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* que será possível conferir consequências jurídicas à atuação contraditória, lesiva da confiança alheia. O espaço de incidência do princípio, portanto, é o das situações não resolvidas pelas formulações legais. Isto é: o princípio da proibição de comportamento contraditório serve para fazer atuar a justiça material – aí especialmente compreendidos os seus fundamentos principais: solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé, tutela da confiança – nos casos de violação à confiança legítima não solucionados pelo formalismo do direito positivado.

Resulta claro, dessa forma, que a atuação do princípio da proibição ao comportamento contraditório pressupõe a existência da confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivo do *factum proprium*. Para que se conclua pela existência desse pressuposto, se faz indispensável aferir se houve adesão à conduta inicial e, portanto, se foi criada a legítima expectativa de preservação do sentido desse comportamento.

Diz-se que a confiança deve ser *legítima*, isto é, deve decorrer naturalmente, razoavelmente, da conduta inicial. Assim, nos casos em que, ao tempo da prática da conduta, o agente do comportamento enuncia ou ob-

vinculante pelo ordenamento jurídico positivo. Por outro lado, a celebração de um contrato ou a emissão de uma promessa de recompensa não configuram tecnicamente um *factum proprium*, porque são já considerados vinculantes pelo direito positivo. (...) O rompimento de um vínculo jurídico (*rectius*: juridicamente estabelecido) já atrai a sanção do direito, pelo que perde sentido qualquer invocação de proteção à confiança em um comportamento coerente". *Op. cit.*, pp. 134/135.

20 Cumpre registrar julgado oriundo do C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. 3. Recurso conhecido e provido". (Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 95539/SP. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Data da Decisão 03/09/1996, Órgão Julgador: Quarta Turma, Fonte DJ Data: 14/10/1996, p. 39.015).

jetivamente sugere que poderá modificá-la, ou quando, desde a sua realização, espera-se que a conduta inicial provavelmente não se confirmará, não haverá legítima confiança, podendo haver, isto sim, má-fé (ou mesmo ingenuidade excessiva) de quem alega haver criado fundada expectativa.

A incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* pressupõe, ainda, que ocorra de fato a contrariedade em relação ao sentido objetivo de uma conduta anterior, geradora de confiança legítima em outrem. Em outras palavras: deve ser perquirido se houve a ruptura da confiança em razão do comportamento contraditório. Segundo Jesús González Pérez, a contradição com a conduta anterior se situa dentro da ideia de incompatibilidade, definida de acordo com o critério imperante na consciência social.²¹ O exame deve ser objetivo, desconsiderando a intenção do agente das condutas: desde que a incompatibilidade gere a quebra da confiança legítima, estará atendido o pressuposto do comportamento contraditório para efeitos de aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*.

O objeto da tutela do princípio não é a coerência entre os comportamentos, mas, sim, a confiança que a conduta inicial provocou, preservando-se a lealdade entre o agente e o destinatário da conduta. Elucidativo, nesse sentido, o magistério de Judith Martins-Costa, *verbis*:

Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo. Consiste, pois, numa vedação genérica à deslealdade²²

Além da conduta inicial, da confiança legítima e do comportamento contraditório, mais um pressuposto deve ser atendido para operar a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*: o dano efetivo ou potencial em decorrência da quebra da confiança. Sem dano latente, não há o que se impedir; sem prejuízo concreto, nada haverá a ser reparado.

21 PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 207-208.

22 *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Revista Forense n. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 110.

Assim, a incompatibilidade entre comportamentos e a ruptura da confiança só justificam a atuação do princípio se houver dano ou ameaça de dano a outrem imputável ao comportamento contraditório. Compreendem-se na ideia de *dano* tanto a lesão *patrimonial*, decorrente da redução na esfera patrimonial, quanto a *moral*, isto é, imaterial e psicológica, derivada da violação à dignidade humana.²³

I.4 - Formas da tutela instrumentalizada pelo princípio de proibição ao comportamento contraditório

Visto que tanto o dano *potencial* – isto é, o dano latente, que se encontra na iminência de ocorrer – quanto o *efetivo* ensejam a incidência do princípio de proibição ao comportamento contraditório, pode-se dizer que duas são as formas da tutela operada pelo princípio sob esse ângulo: *preventiva* ou *repressiva*.

Indubitavelmente que a forma *preventiva*, decorrente da aplicação do princípio ante a ameaça de dano, é a mais eficaz, tendo em vista que, nesse caso, não terá ocorrido concretamente qualquer prejuízo. Aqui, o *nemo potest venire contra factum proprium* irá incidir para impedir que o comportamento contraditório seja praticado. Essa espécie de tutela se funda, portanto, na ameaça ao direito. Processualmente, essa modalidade de pretensão poderá ser deduzida por meio de ações inibitórias específicas, previstas pelo ordenamento jurídico (de que é exemplo o mandado de segurança preventivo), nada impedindo a utilização de ação inibitória genérica, fundada no art. 5º, XXXV, CRFB/88.²⁴

Questão tormentosa para a efetivação da tutela inibitória – isto é, nas demandas cujo objeto seja prevenir a futura lesão – é relativa à prova da demonstração da probabilidade de ocorrência do dano ou mesmo do ato contrário ao direito. Nesta hipótese, será sempre necessária a comprovação de uma conduta concreta que esteja a pôr em risco o direito do autor. Usando os mesmos critérios utilizados por Caio Tácito para a utilização do mandado de segurança preventivo, pode-se afirmar que a probabilidade de ocorrência do dano demonstra-se a partir de “*atos preparatórios ou indícios razoáveis, a tendência de praticar atos, ou omitir-se*

²³ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 795.

²⁴ Cf., por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 343.

*a fazê-lo, de tal forma que, a conservar-se este propósito, a lesão de direito se torne efetiva”.*²⁵ José dos Santos Carvalho Filho, ao também cuidar dos critérios objetivos para a admissibilidade do mandado de segurança na modalidade preventiva, fixa diretrizes que podem seguramente ser utilizadas para aferir se a prática do comportamento contraditório deve ou não ser impedida. Nas palavras do ilustre administrativa:

*o primeiro deles é o da realidade, pelo qual o impetrante demonstra realmente que o ato vai ser produzido; o outro é o da objetividade, segundo o qual a ameaça de lesão deve ser séria, não se fundando em meras suposições; o último é o da atualidade, que indica que a ameaça é iminente e deve estar presente no momento da ação, não servindo, pois, ameaças pretéritas e já ultrapassadas.*²⁶

A tutela *repressiva* será necessária nas hipóteses em que a conduta contraditória houver provocado o dano efetivo, nada havendo a se impedir. No direito contemporâneo, que privilegia a execução específica e a concreta satisfação dos interesses, a tutela repressiva deve ser utilizada subsidiariamente, apenas nos casos em que a forma *preventiva* não tenha mais utilidade, isto é, quando a inibição ou o desfazimento da conduta que se pretendeu impedir não seja mais viável ou torne impossível o retorno ao *status quo ante*.

25 “Mandado de Segurança Preventivo”. *Revista de direito administrativo*, v. 61. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1960, p. 220.

26 *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 815, grifos no original. Em se tratando de mandado de segurança, já houve polêmica acerca da hipótese em que, impetrado o competente mandado de segurança preventivo, a autoridade, ainda assim, praticasse o ato que se visava a impedir. Havia, nestes casos, quem defendesse ter perdido a impetração seu objeto com a simples prática do ato pelo Poder Público. O impetrante, de acordo com este entendimento, deveria modificar a modalidade da garantia impetrada, ajuizando, portanto, novo mandado de segurança, na espécie repressiva. A jurisprudência atual, no entanto, atendendo à lógica e aos postulados do Direito processual brasileiro, notadamente aos princípios da efetividade, da instrumentalidade e da economia processual, considera que o mandado não ficará prejudicado caso praticado o ato que se visa a impedir, “devendo este ser anulado e desconstituído na hipótese de concessão da segurança” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 23ª ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24). O eminente autor ainda relaciona julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido do texto (RMS 5.051-3-RJ, Relator o Ministro Ari Pargendler, RSTJ 75/165; RMS 6.130-RJ, Relator o Ministro Édson Vidigal, RSTJ 119/566). Para maior aprofundamento do assunto, v. FACCI, 2004, p. 42-44. Obviamente que a mesma solução deve ser observada nos casos de aplicação do princípio de proibição de comportamento contraditório na modalidade preventiva em que, posteriormente, seja concretamente praticada a conduta que se procurou impedir.

II - O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FACE À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

II.1 - A redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo na contemporaneidade

Thomas Kuhn, ao publicar seu famoso estudo sobre a forma como evolui a ciência²⁷, formulou a proposição teórica segundo a qual o conhecimento não progride evolutiva e pacificamente mas sim por rupturas, por grandes saltos, por profundas alterações de paradigmas, entendidos estes últimos como pré-compreensões que integram o *pano de fundo da linguagem*. Tal pano de fundo decorre de práticas sociais que a sociedade realiza cotidianamente sem se aperceber delas e que conformam o modo próprio de olhar, de crer. É com a mudança das condições paradigmáticas tradicionais que ocorrem as revoluções científicas e, conseqüentemente, o progresso da ciência. Sobre a ideia de paradigma, cumpre transcrever precisa lição de Menelick de Carvalho Netto, *in verbis*:

Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.²⁸

No campo do Direito Administrativo, a nova interpretação decorrente dos princípios constitucionais consagrados pela Constituição Federal de 1988 representou importante ruptura com as antigas concepções

²⁷ **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

²⁸ "A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". **Notícia do direito brasileiro**. Nova Série. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, n. 6, 1999, p. 236-237.

teóricas aplicadas a esse ramo da ciência jurídica, até então impregnadas de formulações mais comprometidas com a preservação da autoridade da Administração Pública do que com a realização plena do Estado Democrático de Direito. Com efeito, a evolução histórica do Direito Administrativo resulta da tensão dialética entre a lógica da autoridade (poder) e a lógica da liberdade (direitos individuais).²⁹

A vigorante Constituição, ao firmar como fundamento da República a dignidade humana, enunciar extenso rol – registre-se: não taxativo (§ 2º do art. 5º, CRFB/88) – de princípios e garantias fundamentais e dedicar diversas normas à disciplina da Administração Pública, impôs uma releitura das antigas categorias jurídicas até então forjadas para afirmar, por exemplo, a supremacia do interesse público sobre o privado, a restrita vinculação positiva do administrador às leis infraconstitucionais e a impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo. Nesse sentido, é a assertiva de Luís Roberto Barroso, *verbis*:

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.³⁰

A doutrina administrativista clássica reiteradamente refere à supremacia do interesse público sobre o interesse particular como “*verdadeiro axioma reconhecível no Direito Público*”³¹, “*objetivo primacial da Administração*”³² e “*grande princípio informativo do Direito Público*”³³. A concepção a respeito do princípio parte da premissa de que o interesse público não se confundiria com os interesses pessoais dos integrantes

29 No sentido do texto, BINENBOJM, Gustavo. “A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 500-501.

30 **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 374-375.

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41.

32 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.43.

33 Cf. GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20. No mesmo sentido, v. CRETTELLA JUNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, v. 10, Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 39.

da sociedade, sendo que o primeiro estaria necessariamente identificado com a ideia de bem comum, coletivo, devendo prevalecer sobre o interesse individual, particular, egoístico.

Todavia, com o processo de constitucionalização do Direito Administrativo – experimentado, a rigor, por todos os ramos do Direito³⁴ –, que impõe o respeito e cumprimento pela Administração Pública dos valores erigidos a mandamentos constitucionais, tais como dignidade humana, justiça material, segurança, isonomia, bem-estar social etc., a realização do interesse público, muitas vezes, consistirá exatamente na tutela de interesses privados, de forma que esse amálgama conceitual formado pelo que se supõe ser interesse público, coletivo ou privado impede que se possa cogitar de uma supremacia *a priori* de um sobre o outro.³⁵

Não negamos, assim, a existência de um interesse público, mas apenas não perfilhamos da ideia de que exista, no ordenamento, princípio que estabeleça a supremacia incondicional e apriorística de um valor, princípio ou direito sobre outros. Com efeito, partindo da premissa teórica de Ronald Dworkin, segundo a qual há apenas uma única decisão correta para cada caso³⁶, à Administração Pública incumbe, consideradas todas as circunstâncias de fato, o dever de extrair qual o interesse público a ser promovido na hipótese enfrentada, considerando não apenas a inequívoca unicidade e irrepetibilidade de cada caso mas, sobretudo, a complexidade do ordenamento jurídico, composto de princípios e regras, de forma que a ordem jurídica deve ser reconstruída de todas as perspectivas possíveis com o propósito de alcançar a norma adequada capaz de produzir justiça material em cada caso específico.

Além disso, não se pode olvidar que o direito à igualdade (art. 5º, *caput* e inciso I, CRFB/88) incide também sobre as relações entre a Administração Pública e os particulares. Não se pode, assim, favorecer um grupo em detrimento de um grupo menor ou de apenas um indivíduo simplesmente sob o vago argumento do bem comum. A *isonomia*, como assim todos os direitos fundamentais, densifica o valor da dignidade da pessoa humana, alçado pela vigorante Constituição Federal a fundamento da República (artigo 1º, inciso III).³⁷

34 A esse respeito, v., por todos, BARROSO, 2009, p. 360-394.

35 Cf. BINENBOJM, Gustavo **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2008, p. 308-311.

36 As formulações teóricas do autor, nesse sentido, encontram-se em suas obras **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

37 Diversos dispositivos constitucionais materializam o princípio da dignidade da pessoa humana, de que são exemplos, além da regra da igualdade, os direitos de acesso à educação, à justiça, a proibição de confisco, a vedação à

A constitucionalização do Direito Administrativo impôs, ainda, uma reformulação do princípio da legalidade estrita, passando a significar tal formulação que o administrador não está apenas positivamente vinculado às leis infraconstitucionais mas, também e principalmente, aos princípios e regras constitucionais. A legalidade administrativa, assim, consiste em mais um princípio inserido no âmbito dos princípios e regras constitucionais, dos quais, inegavelmente, também é destinatário o administrador público, competindo-lhe o dever de, mesmo na ausência de regra legal específica – tendo em vista a força normativa dos princípios constitucionais –, materializar as normas constitucionais no caso concreto, em ordem a atender aos postulados de cidadania, solidariedade e, principalmente, justiça material, objetivos perseguidos, por mandamento constitucional, pela vigorante República Federativa do Brasil. Esse fenômeno tem levado parcela da doutrina a aludir ao princípio da *constitucionalidade* ou da *juridicidade*.³⁸

Além disso, o princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998 no *caput* do art. 37 da vigente Constituição, como um dos princípios vetores da Administração Pública em todas as esferas federativas, decorre da implementação do novo modelo de Estado, agora gerencial, através do qual é modificada a ideia de legalidade adotada no antigo modelo burocrático, segundo a qual a legalidade era o parâmetro definitivo acerca da validade de um ato da Administração Pública, restando em segundo plano a efetividade, isto é, o resultado prático de tal ação. O novo modelo de Estado deixa de controlar o procedimento legal em favor da *qualidade dos resultados* efetivamente obtidos pela conduta do Poder Público.³⁹

Pode-se afirmar, a título de exemplo, que a juridicidade das agências executivas e dos contratos de gestão se ampara, basicamente, na circunstância de que tais figuras estão em perfeita sintonia com o modelo de Estado plasmado na vigorante Constituição: gerencial, cuja finalidade é atingir a eficiência, esvaziando-se a importância da *forma* em favor do cumprimento dos fins impostos pela nova ordem constitucio-

prática de tortura, dentre muitos outros. Nesta pauta, cabe ressaltar que os direitos sociais consagrados no texto constitucional, também materializadores da dignidade humana, impõem prestações positivas ao Poder Público com vistas à sua plena realização, sendo que, dentre eles, o direito fundamental à saúde se destaca pela especial relevância e gravidade: é pressuposto essencial para o pleno gozo e obtenção dos demais direitos fundamentais.

38 Por todos, v. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 375-376 e BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 311-313.

39 A respeito do modelo de Estado gerencial, v. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **A noção de Administração Pública e os critérios de sua atuação**. Brasília/DF: CEAD/UnB, 2009 34 p. (Pós-graduação em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_-_Texto-base_1.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2009, p. 21-26.

nal. Assim, a constitucionalidade de tais figuras jurídicas decorre de seu fundamento sociopolítico: a reformulação do modelo de Estado, com redução do seu tamanho, deixando de agir diretamente e passando a intervir por regulação e através de parceria, tendo como finalidade primeira não mais cumprir *formalmente* o ordenamento, mas sim atingir o interesse público com *eficiência*.

Nesse sentido, é a contundente lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *litteris*:

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante praticar-se atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados dele esperados, o que atenderia ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais, que esses atos devam ser praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, que possibilitem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei⁴⁰

Assim, atualmente, ao administrador público não cumpre apenas aferir se há norma legal que impede ou autoriza a prática de determinado ato: somente nas hipóteses em que a conduta administrativa revelar-se *eficiente* é que deverá ser empreendida pela Administração Pública.

A nova ordem constitucional impôs, ainda, rejeição da decantada regra da impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo, eis que seria esse privativo da própria Administração Pública e não se submeteria à interferência do Poder Judiciário.⁴¹ Com a constitucionalização do Direito Administrativo, não se concebe mais a existência de liberdade decisória da Administração Pública infensa ou mesmo livre da incidência das regras e princípios constitucionais.⁴²

Essas transformações vivenciadas pelo Direito Administrativo – que não se limitam aos fenômenos referidos neste tópico – decorrem do reco-

40 *Op. cit.*, p. 106.

41 Afirmção encontrada, v.g., em CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Op. cit.*, p. 749.

42 Segue-se, aqui, posição defendida em BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 314-316. No mesmo local, assevera o autor que existem *graus de vinculação à juridicidade*, conforme sejam os atos administrativos vinculados por regra (vinculação maior), por conceitos jurídicos indeterminados (vinculação intermediária) ou diretamente por princípios (vinculação menor). Daí decorre que o grau de controlabilidade judicial dos atos administrativos deverá ser proporcional ao grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade. Além disso, nas hipóteses em que, pela alta complexidade e especificidade da matéria, careça o Poder Judiciário de parâmetros seguros e objetivos para aferir a juridicidade do ato administrativo, menor deverá ser o controle exercido.

nhecimento da força normativa das normas constitucionais, cujos valores, princípios e regras se irradiam por todo o ordenamento jurídico. A Constituição, assim, “*outrora um documento meramente simbólico e desprovido de força normativa, veio a se materializar e tornar-se operativa*”⁴³, impondo a redefinição dos paradigmas até então isoladamente construídos pelos diversos ramos do Direito.

II.2 - O cidadão-administrado como foco principal do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo.

A inequívoca modificação dos pressupostos teóricos do Direito Administrativo pela Constituição Federal de 1988 implicou em uma mudança do foco principal da atuação da Administração Pública, antes calcada no melhor interesse do Estado e agora direcionada à realização plena da cidadania, alçada pela vigente Constituição Federal a fundamento da República (art. 1º, inciso II, CRFB/88). Como muito bem anotou, em sede doutrinária, Uadi Lammêgo Bulos, cidadania não consubstancia apenas a prerrogativa de exercício de direitos políticos, servindo também, como “*critério a ser observado como indispensável ao gozo de certas prerrogativas e garantias constitucionais*”⁴⁴, a partir da consideração de que o cidadão é partícipe da vida democrática do Estado.

Com essa mudança de perspectiva, o Direito Administrativo deixa de conferir maior atenção aos poderes unilaterais do Estado e aos atributos do ato administrativo para direcionar o seu campo de estudo, principalmente à incidência dos princípios constitucionais nas relações jurídico-administrativas e ao dever de observância pelo Poder Público dos direitos fundamentais do cidadão-administrado. A partir da nova ordem constitucional, o objeto de investigação do Direito Administrativo contemporâneo passa a ser fundamentalmente a relação entre a Administração Pública e os administrados.

Sobre a mudança de perspectiva do Direito Administrativo imposta pela vigente Constituição, cumpre registrar inspirada síntese da publicista Patrícia Baptista, *in verbis*:

Com efeito, de um direito administrativo calcado sobre as premissas da unilateralidade, da imperatividade e da supre-

43 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

44 **Constituição Federal anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 82.

*macia de um interesse público ditado essencialmente pela própria Administração, evoluiu-se – pois, inequivocamente, tratou-se de uma evolução – para um direito administrativo marcado pela ascensão do cidadão-administrado à condição de objeto central dos cuidados da disciplina e submisso aos princípios e direitos fundamentais. A Administração cedeu sua vez ao cidadão como foco principal das preocupações do direito administrativo.*⁴⁵

Esse novo enfoque no plano teórico do Direito Administrativo corresponde, no plano prático, ao efetivo respeito pelo Estado dos direitos dos cidadãos, apoiando-se sempre no pressuposto de que o ser humano é um *fim* em si mesmo e nunca mero *meio* para atingir objetivos coletivos ou outros individuais. Assim, deve o Poder Público materializar, nas relações jurídico-administrativas, valores como democracia, moralidade, dignidade humana, consagrados pelo texto constitucional.

Como decorrência do dever de observância de tais imperativos constitucionais pela Administração Pública exsurge o princípio da cidadania como afirmação do cidadão-administrado como o *“protagonista político e jurídico do Estado”*⁴⁶, significando que ao cidadão cumpre não apenas exercer o papel de definir os fins, meios e limites das ações do Poder Público como, principalmente, ser o destinatário imediato dessas ações. Nessa direção, o constitucionalismo contemporâneo reclama a democracia como exigência de efetiva participação dos sujeitos constitucionais, que passam a ocupar cumulativamente e de forma mais concreta os papéis de criadores e beneficiários das normas jurídicas.

No campo da hermenêutica, caminhando ao encontro do dever de aplicação das leis de forma compatível com as necessidades sociais, sobreleva de importância a *mutação constitucional* como técnica consistente na *nova* interpretação conferida às normas constitucionais sem que tenha havido modificação do seu texto. De fato, como adverte Luís Roberto Barroso, *“a norma jurídica fornece ao intérprete apenas um início de*

45 “Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 547-548. Recentemente assinalou o Supremo Tribunal Federal que “todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos” ADPF 130/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Britto, Fonte: DJe-2008 06-11-2009.

46 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 79.

solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido".⁴⁷ Essa técnica, adotada pela Suprema Corte brasileira⁴⁸, consubstancia exemplo contundente do dever de observância às aspirações sociais para a justa aplicação do ordenamento jurídico.

II.3 - Limites constitucionais à autotutela administrativa

Como se sabe, estando a Administração Pública sujeita ao ordenamento jurídico, a ela compete exercer o controle de juridicidade dos seus atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de prévia autorização pelo Poder Judiciário.

Esse poder, conhecido como autotutela administrativa, está consagrado em duas súmulas da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, as quais, em síntese, afirmam que a Administração Pública pode anular os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁴⁹

Considerando que tais enunciados foram editados pela Suprema Corte brasileira antes da Constituição Federal de 1988, atualmente se reconhece que não apenas os direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou coisa julgada (art. 5º, XXVI, CRFB/88) encerram limites do exercício da autotutela administrativa, sendo certo que a nova ordem constitucional impôs ao Poder Público novos parâmetros para o desempenho válido dessa prerrogativa, tais como os princípios da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB/88), da tutela à confiança legítima (art. 5º, *caput*, CRFB/88), da motivação dos atos administrativos (art. 93, X, CRFB/88), entre outros. Nesse sentido, é o magistério doutrinário de Almiro do Couto e Silva, *litteris*:

É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século (séc. XX) de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da res judicata, a faculdade que

47 **A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 13.

48 v. HC-QO 86009/DF; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; DJ 27.04.2007 p. 67.

49 Cf. Súmulas do STF de nºs 346 e 473.

tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa-fé e a confiança (Treue und Glauben) dos administrados.

(...)

Esclarece Otto Bachof que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos, não se pode falar em proteção à confiança do favorecido.⁵⁰

Além desses limites de caráter substanciais, pode-se apontar como pré-requisitos de natureza procedimental para o exercício da autotutela pelo Poder Público os princípios da publicidade dos atos administrativos (art. 37, CRFB/88) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88). Como corolários do devido processo legal, erigidos ao patamar de garantias constitucionais, a vigente Constituição impôs à Administração Pública o dever de assegurar efetivamente a ampla defesa e o contraditório aos *litigantes* em processo administrativo (art. 5º, LV, CRFB/88⁵¹). Na feliz síntese de Humberto Ávila, o essencial é que a decisão a respeito da revisão do ato administrativo decorra de um procedimento regular e não de mera suposição antecipada da autoridade revisora.⁵² Significa que a lei deve instituir os meios para a participação dos litigantes no processo administrativo, devendo o administrador público franquear esses meios, viabilizando,

50 “Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo”. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 18, nº 46. Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, 1988, p.11-29.

51 Tais direitos foram também expressamente assegurados pela Lei 9.784/99, que rege as regras do processo administrativo no âmbito federal.

52 “Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 04, nov/dez/2005, jan 2006. internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 20/02/2008, p.3.

pelas partes interessadas, o exercício pleno de defesa e de influir eficazmente na decisão a ser prolatada no caso concreto.

Sabe-se que uma das principais funções dos direitos fundamentais é a de dar garantia ao indivíduo contra a invasão indevida do Estado em sua esfera de liberdade. A Constituição vigente, fundamento máximo de validade de toda a ordem jurídica, impõe valores e princípios de inafastável aplicação pelo Estado em qualquer uma de suas funções – seja no desempenho de atividade legislativa, jurisdicional e, assim, também pela Administração Pública. Assim, no que tange ao poder de anular e revisar seus próprios atos, o respeito aos princípios constitucionais acima enunciados impede que a Administração Pública promova a revisão dos próprios atos sem considerar os efeitos nocivos daí decorrentes⁵³ e – principalmente quando se trate de ato favorável ao cidadão – sem respeitar os limites constitucionais de proteção ao administrado.

III - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

III.1 - Fundamentos de juridicidade da oponibilidade do princípio de proibição de comportamento contraditório ao Poder Público. A teoria das autolimitações administrativas.

Verificados os fundamentos normativos do *nemo potest venire contra factum proprium* – identificados, principalmente, nos princípios da solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé objetiva e respeito à dignidade da pessoa humana – e definido o atual papel da Administração Pública ante os novos paradigmas do Direito Administrativo, cujo principal foco é o respeito ao cidadão-administrado, podemos afirmar positivamente a questão sobre a aplicação do princípio de proibição de comportamento contraditório na esfera das relações de Direito Público.

O problema pode ser encontrado em diversos aspectos das relações jurídico-administrativas, como ocorre nas situações, v.g., em que mais de um órgão da Administração Pública possua competência para fiscalizar determinada conduta levada a efeito por um particular, ensejando a possibilidade de serem praticados atos administrativos conflituosos. Ou ainda nos casos em que a Administração, modificando sua interpretação, pratica ato incompatível com o anterior sem que tenha havido modificação no plano fático.

53 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 248.

Em casos como esses, referidos apenas a título de exemplo, aplica-se a teoria das *autolimitações administrativas*⁵⁴, que consubstancia a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Pública, impedindo que o Poder Público, ante os mesmos elementos de fato, adote entendimentos contraditórios ou em desacordo com os precedentes anteriormente firmados em sede administrativa.

Com efeito, ainda que, por hipótese, se pretenda restringir a aplicabilidade da boa-fé objetiva às relações privadas, por se cuidar de princípio normativamente tratado pelo vigorante Código Civil (arts. 113, 187, e 422)⁵⁵, deve-se admitir a aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações jurídico-administrativas como decorrência lógica da aplicação dos valores constitucionais da solidariedade social, segurança jurídica e dignidade humana e da observância dos princípios constitucionais dirigidos à Administração Pública, em especial a moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB/88).

O princípio da moralidade administrativa, também consagrado pela Lei 9.784/99 como dever do Poder Público de “*atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*” (art. 2º, parágrafo único, IV), constitui pressuposto de juridicidade de todo e qualquer ato da Administração Pública. Amparando-se em lição de Maurice Hauriou, o mestre Hely Lopes Meirelles leciona que esse princípio impõe ao agente público um dever ético de honestidade e lisura na sua conduta, não se limitando a “*decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.*”⁵⁶. Na mesma direção, Paulo Modesto assevera que a moralidade administrativa abriga o princípio da boa-fé, vedando-se, nas relações administrativas, “*toda atuação contrária à conduta reta, normal e honesta que cabe desejar no tráfico jurídico.*”⁵⁷

Ressalte-se que a conduta inquinada de imoralidade está expressamente sujeita à ação popular (art. 5º, LXXIII, CRFB/88 e Lei nº 4.717/65),

54 Por todos, v. ARAGÃO, Alexandre Santos. “Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos”. *Revista de Direito do Estado* nº 4. Rio de Janeiro: Renovar, outubro/dezembro de 2006, p. 231-244.

55 Entendimento que usamos apenas a título de argumentação, pois pensamos que o princípio da boa-fé objetiva rege todas as relações jurídicas, como expressão dos deveres de cooperação, respeito e lealdade que se impõem às partes de qualquer relação contratual, seja ela privada ou administrativa.

56 *Op. cit.*, p. 83.

57 MODESTO, Paulo. “Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 10, jun/jul/ago/2007, Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 10/03/2008, p. 7.

cuja legitimação ativa é conferida a qualquer cidadão. Muito embora respeitável doutrina processual contemporânea impute o mau uso à ausência de condições técnicas do cidadão para, em juízo, promover a efetiva proteção do direito violado em face da Administração Pública ou de grandes sociedades empresárias⁵⁸, a ação popular representa, conforme já tivemos oportunidade de afirmar alhures⁵⁹, instrumental de inegável importância para a realização plena do Estado Democrático de Direito, ao conferir efetividade à democracia participativa como exercício da soberania popular (artigos 1º e 14 da Constituição da República).

Pode-se afirmar, ainda, que o dever de coerência por parte da Administração Pública decorre também do princípio constitucional da igualdade (art. 3º, IV, e art. 5º, *caput* e inciso I, CRFB/88), na medida em que a exigência de que sejam perpetradas as mesmas condutas ante as mesmas situações vai ao encontro da isonomia, que impõe igual tratamento a situações iguais, não sendo lícito à Administração agir de outra forma quando presentes os mesmos elementos fáticos ou em situações jurídicas que contenham a mesma *ratio*.⁶⁰ Nessa pauta, pode-se afirmar que o princípio da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB/88), como projeção da isonomia, também encarta-se como fundamento normativo para a aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações de Direito Público.

Ressalte-se que a incidência dos aludidos princípios constitucionais no âmbito das relações jurídico-administrativas, bem como o inafastável dever de respeito pela Administração Pública dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos-administrados impedem que o Poder Público deixe de cumprir tais mandamentos constitucionais ao argumento da proteção ao erário.

Assim, a vetusta afirmação de que haveria um interesse público *primário*, identificado no interesse da sociedade, e outro *secundário*, que seria o interesse fazendário, de arrecadação e de proteção do patrimônio público⁶¹, embora possa conter algum valor científico, não serve como critério para determinar a esfera de atuação do Ministério Público e

58 Neste sentido, v. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Op. cit.*, p. 786.

59 “Do prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública”. *Revista da AGU* nº 20. Brasília-DF, abr./jun. 2009, p. 221.

60 No mesmo sentido, PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983, p. 122.

61 Essa classificação é oriunda de doutrina italiana, encontrada em ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed., Milão, Giuffrè, 1960, p. 197.

da Advocacia Pública⁶², eis que o papel do Estado na contemporaneidade não se limita apenas a maximizar arrecadação e minimizar despesas, em contraposição ao que seriam os interesses da sociedade. Os princípios constitucionais nesta pauta enunciados impõem ao Estado também o papel de promover justiça, segurança e bem-estar social.

Com efeito, de acordo com o que defendemos no capítulo anterior, o foco principal de atuação da Administração Pública passou a ser o cidadão-administrado. A pessoa humana passou a ser o fim das ações administrativas, não o meio para obtenção de outros fins. Como órgão de representação e assessoramento jurídico do Estado, à Advocacia Pública incumbe não apenas promover a defesa do patrimônio público mas, principalmente e com maior vigor, considerar como finalidade principal do Estado o pleno respeito aos direitos inerentes à pessoa humana, pautando a sua atuação sempre em prol do exercício pleno da cidadania.⁶³ Na mesma direção, cumpre transcrever a segura lição de Gustavo Binbenbojm, *in verbis*:

O Direito Administrativo percorreu, nas duas últimas décadas, um itinerário de revisão das suas premissas axiológicas e de seus conceitos fundamentais. Esse processo resultou da reconstrução democrática das nossas instituições, a partir da promulgação da Constituição de 1988 e da vivência da democracia no país. O Direito Administrativo recebeu os ventos benfazejos da constitucionalização do direito, tornando-se permeável ao sistema de direitos fundamentais e às exigências democratizantes da Carta de 1988. Assim, a disciplina deixa de ser percebida como mero estatuto do poder, constituído a serviço de seus detentores, para convolar-se em verdadeiro estatuto da cidadania, vocacionado à proteção e promoção de direitos dos cidadãos. De instrumento do poder, o Direito Administrativo assume a pretensão de instrumentalizá-lo em prol da realização de direitos e dos objetivos sociais constitucional e legalmente previstos.

62 Afirmação encontrada, por exemplo, em BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 375.

63 Tive a oportunidade de registrar as mesmas conclusões em conferência que proferi em 22 de janeiro de 2009 no I Ciclo de Palestras sobre os 86 anos da Lei Eloy Chaves: evolução histórica da Previdência Pública no Brasil, realizado no Auditório da Gerência Executiva do INSS em Petrópolis/RJ.

(...)

*O papel da Advocacia Pública é absolutamente decisivo e crucial para que os valores informativos do Estado democrático do direito sejam realizados. De um lado, a Advocacia Pública tem compromisso democrático, voltado à preservação da legitimidade política e da governabilidade. Sua tarefa, nesta vertente, é a de trabalhar pela viabilização jurídica das políticas públicas determinadas por governos democraticamente eleitos. De outro lado, a Advocacia Pública tem um compromisso jurídico, destinado à manutenção dos atos da Administração dentro das balizas da juridicidade. Trata-se, assim, de uma missão institucional bifronte, caracterizada pela abertura de possibilidades democráticas no horizonte dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.*⁶⁴

Atenta ao novo papel do Estado na contemporaneidade e em cumprimento à sua missão constitucional de preservar a confiança legítima dos administrados, a Advocacia-Geral da União – Instituição da qual me orgulho de fazer parte – tem reiteradamente editado Súmulas que reconhecem direitos aos cidadãos, cabendo transcrever, no particular, a Súmula de nº 34, que enuncia que "*não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública*".⁶⁵ Esse verbete é a afirmação da aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* no espaço das relações de Direito Público.

Essa postura da Advocacia-Geral da União é aferida não apenas nas súmulas editadas pelo Advogado-Geral da União, podendo ser atualmente encontrada nas diversas manifestações de seus membros, afinados com a missão constitucional do Estado de preservar direitos fundamentais, através de suas peças e pareceres jurídicos. A título de exemplo, transcrevemos ementa referente a parecer gentilmente cedido pelo seu autor, o Procurador Federal Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão, em que se reconhece o dever da Administração Pública de respeitar a confiança legítima dos administrados, *in verbis*:

64 BINENBOJM, Gustavo. "Advocacia Pública tem um compromisso democrático, voltado à preservação da legitimidade política e da governabilidade". Entrevista publicada no **Informativo UNAFE – União dos Advogados Públicos Federais do Brasil**. Brasília/DF. Ano II, Edição 3, maio/2010 p. 4.

65 Editada em 16 de setembro de 2008. Publicada no DOU, Seção I, de 17/09; 18/09 e 19/09/2008.

“EMENTA: PROCESSO PARALISADO – INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELO RECONHECIMENTO DO DIREITO DO REQUERENTE – NÃO OCORRÊNCIA DA SUSPENSÃO DO PRAZO EM RAZÃO DE PARALISAÇÃO INDEVIDA DO PROCESSO – INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 5º DO DECRETO 20.910/31 – PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA- PROIBIÇÃO DE CONDUTA CONTRADITÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. A estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica compõem o fundamento da prescrição, uma vez que o instituto visa a impedir que o exercício de uma pretensão fique pendente de uma forma indefinida. Estabelece-se um lapso temporal para que a pretensão seja exercida. Transcorrido esse prazo sem qualquer diligência por parte de seu titular, o próprio ordenamento jurídico, que tutela a pretensão, concede à aquele que suporta a pretensão a possibilidade de obstruí-la, em nome da estabilidade das relações sociais (cf Gustavo Tepedino et alli, in Código Civil Interpretado, Vol. I, p. 189, 1ª Edição. Renovar)

2. A Administração agiu, com todas as vênias, de maneira abusiva ao não dar o devido andamento ao presente procedimento administrativo, violando, assim, o princípio da eficiência administrativa, incluído no art. 37 caput da Constituição da República pela EC 19/98.

3. Boa-fé objetiva é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais, onde os deveres anexos são verdadeiras obrigações acessórias de conduta sendo vedado o comportamento contraditório (nemo potest venire contra factum proprio), por violar o princípio da boa-fé objetiva e a tutela da confiança.

4. É imperioso reconhecer que foi por ato omissivo exclusivo da Administração que gerou a demora no reconhecimento do direito da postulante, devendo o art. 5º do Dec. 20910/32 ser interpretado no sentido de que a não suspensão do prazo prescricional ocorrerá por negligência do titular do direito, e não por ineficiente atitude da Administração, sendo necessária a devida filtragem constitucional do referido dispositivo,

para interpretá-lo à luz dos princípios do Direito Administrativo, previstos principalmente no art. 37 da Constituição da República.”⁶⁶

É exatamente em virtude do novo papel do Estado que se afirma positivamente a possibilidade de aplicação da proibição de comportamento contraditório no âmbito das relações jurídico-administrativas: a incidência do princípio na esfera pública densifica os princípios consagrados pela nova ordem constitucional e cumpre o dever de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

III.2 - Pressupostos específicos para a aplicação do princípio às relações jurídico-administrativas

Analisamos no primeiro capítulo que, para a incidência do princípio de vedação ao comportamento contraditório, é necessário que sejam verificados cumulativamente quatro pressupostos: (i) a conduta inicial; (ii) a confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivamente extraído da conduta inicial; (iii) o comportamento contraditório em relação ao sentido objetivo da conduta inicial; (iv) dano efetivo ou potencial.

Para que o princípio incida no âmbito das relações jurídico-administrativas, além de tais pressupostos, deve ser apurada, em especial, a ocorrência dos requisitos da identidade subjetiva e objetiva.

Pelo requisito da identidade *subjetiva*, exige-se que o emissor do ato anterior e do ato posterior seja a mesma Administração Pública. Com efeito, para a incidência do princípio de proibição de comportamento contraditório, todos os órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica devem atuar de forma coordenada, pelo que estará atendido o requisito da identidade *subjetiva* caso o ato administrativo praticado por um órgão contrarie precedente oriundo de outro da mesma Administração. Cumpre registrar a advertência feita pelo publicista Alexandre Aragão, para quem mesmo se tratando de incoerência entre atos praticados por entidades – e não apenas órgãos, desprovidos de personalidade jurídica – da mesma esfera da Federação, “*não há de ser descartada a priori a aplicação da teoria, a depender do regime autônomo próprio e da vinculação ministerial da entidade*”.⁶⁷

66 Parecer lançado no Processo administrativo autuado sob o nº 35318.000439/2005-66, Procuradoria Seccional Federal de Niterói/RJ.

67 *Op. cit.*, p. 235.

Assim, ainda que os atos contraditórios emanem de órgãos com competências diferentes, o critério para aferir a ocorrência do requisito da identidade *subjéctiva* continuará sendo o da mesma Administração Pública, cuja unidade não deixa de existir em virtude da sua divisão interna organizacional. Sabe-se que, por meio da criação de órgãos administrativos, o fenômeno da *desconcentração* tem como escopo apenas propiciar melhoria no desempenho das funções administrativas, preservando a unidade da pessoa jurídica de Direito Público da qual fazem parte.

Na mesma direção é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, de que é exemplo o julgado a seguir ementado, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - PRODUTORA DE SEMENTES - ALÍQUOTA REDUZIDA - ART. 278 DO RIR - ART. 30 DO DECRETO N. 81.877/78, QUE REGULAMENTA A LEI N. 6.507/77.

1. É fato incontroverso nos autos que a recorrida encontra-se registrada no Ministério da Agricultura como "produtora de sementes." É o próprio art. 30 do Decreto n. 81.877/78 que conceitua produtor de semente como "toda pessoa física ou jurídica devidamente credenciada pela entidade fiscalizadora, de acordo com as normas em vigor". Tendo a recorrida obtido o registro competente, não cabia à União indagar ou desclassificar essa situação jurídica sem o procedimento adequado, a fim de excetuá-la da alíquota reduzida descrita no art. 278 do RIR (Decreto n. 85.450/80).

2. Ademais, ao assim pretender fazer, está a União inserida em patente comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois a ninguém é dado venire contra factum proprium, tudo em razão da caracterização do abuso de direito. Assim, diante da especificidade do caso, sem razão a recorrente em seu especial, pois é o registro no órgão de fiscalização competente, diante do reconhecimento da própria União do cumprimento dos requisitos legais, que faz com que a pessoa jurídica ora recorrida seja qualificada como produtora de sementes.

3. Agravo regimental improvido.⁶⁸

68 AgRg no REsp 396489/PR, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, Fonte: DJe 26/03/2008.

Para atender ao requisito da identidade objetiva, é preciso que sejam similares as circunstâncias determinantes em que foram praticados os atos administrativos tidos por incoerentes. Usando expressão cunhada por Díez-Picazo, a identidade objetiva será identificada a partir do exame da causa das condutas administrativas⁶⁹, devendo haver similitude entre os elementos fáticos que ensejaram as atuações administrativas. Se as circunstâncias determinantes são as mesmas e a Administração decide de forma diferente, o ato incoerente é inválido por vulnerar todos os princípios que a teoria das autolimitações administrativas visa a preservar.

Nesse sentido, cumpre transcrever elucidativa ementa relativa a recente julgado oriundo do E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *litteris*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL COMUM FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ABANDONO DE CARGO E FALTAS AO SERVIÇO. ARQUIVAMENTO A PARTIR DE CONVENCIMENTO DOS ARGUMENTOS DESENVOLVIDOS POR AQUELE. REALIZAÇÃO DE DESCONTOS EM SUA REMUNERAÇÃO A TÍTULO DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA ASSUNÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS ENTRE SI.

I. Tendo em vista que o abandono de cargo (assim como ocorre com a inassiduidade habitual, nos termos do art. 139 da Lei n.º 8.112/1990) se revela como um grau (e, mais precisamente, o grau máximo) de faltas ao serviço, a elisão de tal situação jurídica, por parte da própria Ré, ao realizar arquivamento de PAD – processo administrativo disciplinar para se apurar tudo isso — convencendo-se dos argumentos desenvolvidos pela Autora sobre a forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela, e, por conseguinte, declarou a inexistência de responsabilidade administrativa da Autora pela suposta prática da indigitada conduta —, deixa de justificar a realização de descontos na remuneração da Auto-

69 DÍEZ-PICAZO, Luis. M^º, “El precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 98, mayo-agosto de 1982, p. 99.

ra a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias, com fundamento no art. 44, caput, II, dessa Lei, já que simplesmente não se reconhece a existência de uma causa que produza este efeito jurídico genérico.

*II. Mesmo que assim não fosse, em aplicação do princípio da vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si (expresso através da máxima *nemo potest venire contra factum proprium*), não é tolerável, por parte da Ré, ou seja, da mesma entidade pública, na mesma conjuntura, diante de uma mesma conduta praticada pela Autora, reconhecer a licitude da forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela e, *pari passu*, realizar desconto em sua remuneração a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias.⁷⁰*

III.3 - INSTRUMENTOS DE MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO NA ESFERA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AS SUBTEORIAS DOS ATOS PRÓPRIOS E DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS.

Partindo da premissa – objeto de análise do capítulo anterior – de que a nova ordem constitucional impôs novos paradigmas ao Direito Administrativo, que repercutem sobre a atuação da Administração Pública e a intensidade do controle dos seus atos, podemos afirmar que a teoria das autolimitações administrativas encerra um conjunto de instrumentos complementares cujo escopo é o de assegurar a coerência e a isonomia no tratamento conferido pelo Poder Público aos cidadãos-administrados.

Com efeito, não se admitindo mais a antiga ideia de que a Administração Pública possuiria espaços decisórios inteiramente imunes a qualquer tipo de controle⁷¹, a teoria das autolimitações administrativas, projeção do princípio de proibição ao comportamento contraditório no âmbito das relações jurídico-administrativas, impõe que a Administração Pública, no desempenho de suas inúmeras funções, se *autovincule* aos atos por ela praticados.

Dessa forma, ao dever de obediência aos atos administrativos anteriormente praticados corresponde a proibição de exercício arbitrário, incoe-

70 Apelação Cível 420402, Sétima Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, Fonte: DJU - Data: 09/12/2008, p. 238.

71 Vide tópico 2.1.

rente e desigual por parte do Poder Público. A autolimitação administrativa visa a resguardar a segurança jurídica, ao garantir a vigência dos atos anteriormente praticados pela Administração Pública, geradores da confiança legítima. Sobre a importância da estabilidade das relações jurídicas, transcrevemos lição preciosa de Celso Antônio Bandeira de Mello, *litteris*:

*é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da 'segurança jurídica', o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.*⁷²

Como instrumentos de concretização da teoria das autolimitações administrativas, foram construídas as subteorias dos *atos próprios* e dos *precedentes administrativos*.⁷³ A primeira pode ser arguida dentro da mesma relação jurídica, aplicada, assim, à mesma pessoa em favor da qual fora praticado o ato administrativo anterior, gerador da confiança legítima no seu beneficiário de que a Administração Pública não irá agir de modo contrário ao comportamento anterior. A teoria dos precedentes administrativos, por seu turno, incide sobre relações jurídicas distintas, invocada por pessoa diversa da alcançada pelo entendimento administrativo anterior.

⁷² *Op. cit.*, p. 94.

⁷³ Cf, por todos, o clássico estudo de DÍEZ-PICAZO, Luis. M^a. *Op. cit.*

A teoria dos atos próprios já foi expressamente referida pelo C. Superior Tribunal de Justiça. No caso, discutia-se a possibilidade de a Administração Pública⁷⁴, após firmar diversas promessas de compra e venda de lotes referentes a uma gleba de sua propriedade, promover a anulação dos aludidos contratos ao argumento de que o parcelamento não estava regularizado por falta de registro. Aquela E. Corte de Justiça concluiu pela falta de amparo jurídico à pretendida anulação contratual justamente em virtude do caráter contraditório dos atos levados a efeito pelo Poder Público, proibindo o comportamento contraditório com base na teoria dos atos próprios, *in verbis*:

LOTEAMENTO. MUNICÍPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ. ATOS PRÓPRIOS.

- TENDO O MUNICÍPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSÍVEL A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTÁ PROMOVEDO. ART. 40 DA LEI 6.766/79.

- A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RETORNE SOBRE OS PRÓPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO.

*RECURSO NÃO CONHECIDO.*⁷⁵

Sobre a aplicação da teoria dos precedentes administrativos, cabe registrar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, ao relacionar o princípio da segurança jurídica à ideia de boa-fé objetiva, asseverou, *litteris*:

Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. (...) Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos fluando ao sabor das interpretações jurídicas variáveis no tempo.⁷⁶

74 Naquele caso, o Município de Limeira, situado no Estado de São Paulo.

75 Ementa relativa ao REsp 141.879/SP, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 17.03.1998, DJ 22.06.1998, p. 90.

76 **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85.

Muito embora a divisão da teoria das autolimitações administrativas em outras duas nomenclaturas tenha alguma relevância para a ciência do Direito, o fato é que tanto a subteoria dos atos próprios quanto a dos precedentes administrativos visam a preservar a coerência por parte do Poder Público, consistente no dever de observar no futuro a conduta esperada a partir dos atos administrativos anteriores, realizando, assim, os fundamentos normativos do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Pública: solidariedade social, boa-fé, segurança jurídica, igualdade e moralidade administrativa.❖

Breves Comentários sobre Tópicos do Anteprojeto do CPC

Luiz Guilherme Marques

Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora – MG

Nas linhas abaixo transcrevo o texto colhido do endereço de Internet <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Proposi% C3% A7%C3% B5es.pdf> (conforme consta na data de 09/05/2010) e, logo abaixo de cada item faço breves comentários.

O prezado leitor poderá observar que, dentro do possível, faço referências ao Processo Civil francês, sobre o qual diz HERVÉ CROZE: *“Um bom Direito deve ser simples e compreensível por todos.”*

Proposições convertidas em disposições legais no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

LIVRO I- PARTE GERAL

- A Parte Geral conterà regras sobre jurisdição, ação, partes, procuradores, Ministério Público, Órgãos Judiciários e auxiliares, atos processuais, formação, suspensão e extinção do processo, com a consequente exclusão do livro de Processo de Conhecimento; bem como, disposições gerais sobre as tutelas de cognição, de execução, e de urgência, temas estes previstos no atual Capítulo VII (Processo e Procedimento) do Livro I (Do Processo de Conhecimento). O atual Livro IV será substituído, com a eliminação da parte referente aos procedimentos cautelares específicos.

A Parte Geral, que se cria no novo CPC, pretende reunir as regras comumente previstas na Parte Geral dos Códigos e que no atual CPC encontram-se inseridas principalmente no Livro I (Processo de Conhecimento). Essa mudança representa um grande avanço.

Quanto ao Livro IV (Processo Cautelar), dele são eliminados os procedimentos cautelares específicos, o que também significa um grande avanço, pois quase todas medidas cautelares podem seguir, sem nenhum prejuízo, o procedimento cautelar comum. A eliminação de ritos diferenciados

é providência que se faz necessária para se alcançar o ideal do Processo Civil simples e acessível para todos. Aliás, com a previsão já existente hoje da antecipação de tutela, pouco espaço restou para as cautelares no cotidiano do foro. Não faz sentido estabelecerem-se regras tão detalhadas para as cautelares, cujos dias praticamente estão contados...

- A possibilidade jurídica do pedido deixa de ser considerada condição da ação, compondo o mérito da causa.

No Processo Civil francês as condições da ação são: interesse de agir e legitimidade. Na minha monografia O Processo Civil Francês, digo a respeito: “Os requisitos para se caracterizar o interesse de agir são: a) que o interesse seja já existente e atual; b) que seja um interesse legítimo. Quanto ao item b, engloba a possibilidade jurídica do pedido.”

- É conferida aos advogados a faculdade de promoverem a intimação pelo correio do advogado da parte contrária, de testemunhas etc., com o uso de formulários próprios e junta da aos autos do comprovante do aviso de recebimento.

Na minha monografia O Processo Civil Francês, digo a respeito: “3.20 - comunicação de peças e manifestações das partes no processo diretamente entre os advogados: Essas comunicações obedecem as regras dos arts. 671 a 674 do NCPC. Diz Mme Bérroujon no seu Curso de Processo Civil publicado na Internet que “se uma parte deixa de remeter peças, a parte contrária pode requerer ao juiz que a obrigue a fornecê-las.” Muito melhor e menos burocratizado esse sistema do que o de o cartório ser intermediário entre as partes, no entanto, isso encarece o processo, como é evidente.”

As Secretarias Judiciais vivem assoberbadas com as intimações aos procuradores das partes.

O grande problema da mudança em apreço é a facultatividade... A maioria dos advogados acabará não utilizando a permissão em apreço por comodismo e por economia. Afinal, devemos nos lembrar de que a maioria das ações tramita sob os auspícios da gratuidade.

O Novo CPC deveria ser mais corajoso neste ponto, prevendo a obrigatoriedade da intimação pelo correio. A empresa responsável pelo envio das correspondências deveria ser reembolsada pelo Estado.

- A desconsideração da Pessoa Jurídica é versada da mesma forma como o é na lei civil, sendo certo que, como condição para a fixação da responsabilidade patrimonial dos sócios na futura fase de cumprimento da sentença, criando-se para tanto um incidente próprio com amplo contraditório com a manifestação dos sócios antes da constrição dos bens. Deveras, o mesmo procedimento é utilizado na execução extrajudicial.

Criando-se o pretendido contraditório amplo, acabar-se-á embaraçando o ideal de rapidez. A “manifestação dos sócios antes da constrição dos bens” deverá se transformar num expediente protelatório na maioria dos casos. Em muitos casos querer-se-á produzir provas, e a celeridade “irá por água abaixo”...

A forma atual se apresenta muito melhor, pois deixa apenas por conta do juiz avaliar cada caso concreto com base nos dados de fato de que dispõe.

- A coisa julgada entre as mesmas partes abrangerá as questões prejudiciais, tornando dispensável a propositura de ação declaratória incidental, observada a competência do juízo.

Bem pensada a inovação. Afinal, quanto menos necessidade de decisões judiciais para definir os direitos das partes, melhor.

Atualmente, há um excesso de manifestações judiciais simplesmente para enunciar o óbvio.

- O Conselho Nacional de Justiça uniformizará o procedimento do processo eletrônico para os Tribunais do país.

Trata-se de uma previsão estranha no corpo do novo CPC, pois o legislador federal não tem competência para impor ao CNJ essa tarefa, nem obrigar os Tribunais a concordar com as determinações do CNJ.

Tal regra não deveria constar do novo CPC.

- As leis de organização judiciária de cada Estado e do Distrito Federal poderão prever a instituição de mediadores e conciliadores para auxiliarem os magistrados.

Boa sugestão para os Tribunais, inclusive aqueles outros que não fazem parte das Justiças Estaduais e Distrital.

- O juízo, ainda que incompetente, poderá decretar medidas de urgência para evitar o perecimento de direito.

Essa regra terá de ser interpretada “cum grano salis”. Afinal, se tiver aplicação irrestrita, poderá gerar verdadeiros absurdos. Entendo que a norma deva ser completada com a expressão “desde que haja razoabilidade”.

- A ação acessória deverá ser proposta no juízo competente para a ação principal.

Evidentemente.

- Os atos de comunicação entre juízes (carta precatória e carta rogatória) serão feitos preferencialmente por meio eletrônico, telegrama ou telefone.

O expediente comum utilizado atualmente entre Juízos mostra um ângulo triste da Justiça, que é sua defasagem em termos de Tecnologia. Mesmo com a existência de recursos avançados de comunicação, ainda usamos os meios empregados há 50 anos atrás. O “analfabetismo tecnológico” ainda campeia nos ambientes forenses.

- A citação por edital será realizada, em regra, por meio eletrônico.

Outra grande esperança para a agilidade dos processos.

- O sistema atual de nulidades é mantido, prestigiando-se os princípios da instrumentalidade, do prejuízo e da efetividade processual desprezando-se invalidades e preliminares, caso o juiz possa decidir o mérito a favor da parte a quem favorece o acolhimento daquelas.

Atualmente escrevem-se verdadeiros “tratados” sobre as nulidades, quando estas deveriam cingir-se a um ou outro caso extremamente grave, quando houvesse real e relevante prejuízo a uma das partes.

A mudança proposta deverá suscitar debates intermináveis no meio doutrinário e nos casos concretos, porque, afinal, no nosso país, discute-se sobre filigranas do Processo Civil, enquanto os juristas e operadores do Direito franceses e americanos cuidam sobretudo do Direito Material.

Na minha monografia O Processo Civil Francês, enumero as Conclusões, que servem como reflexão para o tema em apreço:

“1) O Processo Civil francês atual é o resultado de uma evolução lenta mas segura dentro de um estilo todo particular, baseado sobretudo nos costumes, que foram sendo compilados

até chegar-se à Ordenança de 1667 e, depois, ao Código de Processo Civil de 1806, e, posteriormente, ao Novo Código de Processo Civil, que, no entanto, não é o resumo de tudo o que existe em termos de Processo Civil, mas sobressaindo sempre em todas essas modificações para melhor acompanhar a evolução dos tempos a praticidade e o empenho em se encontrar soluções ao mesmo tempo rápidas e justas para as partes;

2) Não há preocupação, regra geral, no Processo Civil francês com o tecnicismo, sendo, aliás, a própria redação do NCPC tida com de pouca técnica, se comparada com o Código italiano e até o brasileiro;

3) Ao invés de copiar de legislações alienígenas, o Processo Civil francês, ao contrário, inspirou os Códigos e leis de outros diversos países, principalmente os francofônicos;

4) Mostra-se o Processo Civil francês como verdadeiro exemplo para as idéias modernas do “acesso à justiça” e da “efetividade do processo”, a primeira através do primor de organização da assistência judiciária e a segunda, dentre outros institutos, a presteza dos “référés” e das injunções de fazer e de pagar;

5) O Processo Civil francês atende ao que afirma Hervé Croze quando diz que “Um bom Direito deve ser simples e compreensível por todos.”

- O cancelamento da distribuição do feito que, em 15 (quinze) dias, não for preparado no cartório em que deu entrada será precedido de intimação postal ao advogado.

Regra salutar.

- O juiz de primeiro grau ou o relator do recurso, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (amicus curiae), sem alteração de competência.

A intenção talvez seja a de aproveitar o caso concreto como paradigma para outros ajuizados ou os que venham a ser ajuizados.

- A falta de pressupostos processuais não acarretará a extinção do processo sem anterior oportunidade para correção do vício.

Tal inovação deve também ser interpretada “cum grano salis”, podendo-se completá-la com a expressão “desde que haja razoabilidade”.

- A Tutela de Urgência satisfativa poderá ser deferida nos caso de direito em estado de periclitção ou direitos evidentes, prevendo-se a dispensa dos requisitos cumulativos.

Considerando a importância cada vez maior das tutelas de urgência e, inclusive, o destaque que a Comissão dá a esse instituto, peço licença ao prezado Leitor para uma transcrição mais extensa da minha monografia já citada:

“3.21 - tutelas de urgência (“référé”, etc.)

Esclarece Luiz Fux (Tutela de Segurança e Tutela da Evidência, Saraiva, 1996, pp 172/173) que: “Afinada com o tema ora proposto é a atualíssima doutrina francesa, com a previsão de uma tutela de urgência para quase todos os processos e procedimentos, como se colhe em Roger Perrot, mercê dos exemplos da “ordonnance de requête e de référé”. Ambas são expressão do poder cautelar geral discricionário e são meios provisórios de tutela imediata que podem ser deferidos antes ou no curso do processo principal. A lei francesa de 1975 prevê textualmente a exclusão do contraditório nas circunstâncias urgentes. a competência para o seu deferimento é variada, conforma anota Galeno Lacerda. As “référé” são inominadas, vale dizer, o juiz provê “en référé”, podendo determinar medidas de conservação, de reposição e até de superação de obstáculos à execução de sentença toda vez que haja urgência e ausência de contestação séria (o que equivale ao “fumus boni juris”). Essa amplitude de atuação jurisdicional “en référé” é responsável pelo emprego da medida nos mais variados campos da justiça de direito privado. Assim, v. g., encontram-se exemplos da medida no campo da tutela do direito ao nome, à imagem, administração de empresas, locações, sucessões, proteção dos incapazes e nas causas de família. É imanente ao sistema francês a preocupação com a “urgência”. A própria exposição de motivos do “Code de Procédure” afirma que existem circunstâncias nas quais o prazo de um só dia, ou de horas, pode representar a origem

das maiores injustiças e causar perdas irreparáveis. Desta sorte, a doutrina francesa do tema sugere para esses casos excepcionais poderes excepcionais., mercê de reconhecer a dificuldade da avaliação da urgência, como questão fática. Como bem acentuam Cezar Bru e Hebraud em *“Traité théorique et pratique des référés”*, Paris, 1938, p. 2 e 68, “existem vários graus de urgência e a melhor maneira de aquilatar está urgência está no perigo que pode advir da demora”. Anota a doutrina francesa do tema que os pressupostos legais para a concessão das “référé” por vezes dificultam o seu acolhimento em face das exigências pretorianas, inutilizando a medida. Fixa-se a doutrina do pré-requisito “ausência de prejuízo ao pedido principal”. Essa ausência de prejuízo é impossibilidade de julgamento do principal em sede de “référé”, e esse requisito figura como norma “in procedendo” quanto aos limites do juiz no exercício do poder cautelar genérico.” Diversos processualistas estrangeiros, inclusive o nosso conceituado Ovídio A. Baptista da Silva, em *A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro, Forense*, 1979, p. 136, consideram a “référé” como um dos mais importantes institutos do Processo civil francês: “Nada há de surpreendente, para quem tenha sob as vistas a mentalidade liberal dos juristas do século XIX - como é o caso de Pisanelli, para quem o juiz deveria usar com repugnância dos poderes que a ordem jurídica lhe conferia para a decretação de medidas cautelares (*Comentario del Codice di Procedura Civile*, vol. VII, pág. 1.007) - na afirmação dos juristas franceses de que a “*juridiction des référés*” “tem já uma história muito longa, uma vez que tal prática nascera no século XVII, na jurisprudência do *Chatêlet de Paris*, sob a pressão das necessidades quotidianas” (Roger Perrot, - *Il Nuovo e Futuro Codice di Procedura Civile Francese*, in *Riv. Dit. Processuale*, 1975, pág. 248). O eminente professor da Universidade de Paris, contudo, avança em suas observações e surpreende-se com o extraordinário realce dado pela legislador do futuro Código à chamada “*jurisdição presidencial*” (o sistema francês é colegiado), escrevendo: “Mas, coisa digna de nota é somente a partir de alguns anos que

essa jurisdição presidencial alcançou uma extensão prodigiosa" (ob. e loc. citados). Superado, assim, o exagero existente nas concepções liberais, retorna-se ao século XVII! E, na medida em que se devolvem aos juizes os poderes pretorianos que lhe foram negados a partir do século XVIII, aproximamo-nos, a família romano-germânica, do sistema inglês, do "contempt of Court". E, nas pp 162/163, continua: "[...] o perigo maior ainda não está aí. A explicitação, no direito brasileiro, da regra do art. 798, de resto já existente no art. 675 do Código revogado, corre o risco do exagero, decorrente de uma concepção desmesurada da tutela cautelar. Tal risco deriva-se da colocação de Chiovenda e de Calamandrei que entendiam a tutela cautelar como "polícia judiciária" e, não só não a definiram, como a pressupunham presente em todos os casos em que o juiz exercia seus poderes de simples gestão processual; e da influência que o Direito Processual francês contemporâneo há de exercer em nosso meio, em virtude das recentes reformas introduzidas em França, no Código de Processo Civil, reformas essas que, como sabemos, ampliam de tal forma a jurisdição de urgência (jurisdiction des référés) que, praticamente, é criada, de modo mais ou menos difuso e indiscriminado, um tipo especial de tutela interdital com concessão de mandados liminares, para a maioria das ações. A respeito, eis a informação de ROGER PERROT; "Se tratterebbe attualmente di riconoscere al giudice d'istanza la possibilità di decidere in référé in tutti i casi di urgenza; cosa che è ancora più curiosa, se si ricorva che il tribunale d'istanza è giudice monocratico. Infine, per essere sicuri di non lasciar sussistere alcuna lacuna, l'art. 37 del decreto 9 settembre 1971 ha posta il principio che i poteri del presidente del tribunale di grande istanza, quale giudice dei référés, "se estendono in tutte le materie dove non esiste una specifica procedura in référé". Così, facendo del presidente del tribunale di grande istanza una specie di giudice dei référés di diritto comune, nessuna materia sfugge alla procedura d'urgenza" (In Nuovo e Futuro Codice di Procedura Civile Francese, in Rivista di Dir. Proc. Civile, 1975, pág. 249). Dentre as hipóteses

que, a todo o momento, se insinuam na legislação francesa, enumera o eminente professor da Universidade de Paris o caso da concessão de "medida restitutória" (remise en état) "em caso de comportamento manifestamente ilícito". Ora, bastaria o pressuposto da ilicitude manifesta, declarada no juízo cautelar, para que desconfiássemos da natureza de provimento de simples segurança e não de adiantamento de eficácia sentencial, portanto normalmente de cunho satisfativo. Mas a semelhança, aliás confessada, entre a atual jurisdiction des référés francesa e a proteção interdital é denunciada por PERROT ao mencionar, como exemplo de provimento de urgência, a reintegração de um empregado despedido em condições irregulares. A respeito, diz o insigne escritor: "Ma intanto il giudice dei référés avrà sanzionato una situazione di latta, un poco come potrebbe fare il giudice del possessorio: spoliatus ante omnia restituendus" (ob. cit., pág. 250). Ora, não há a menor dúvida de que, no caso, não se trata de simples provimento cautelar, mas de autêntica liminar interdital, adiantamento de eficácia sentencial, medida de cunho executivo antecipado e que não tem qualquer referência a um risco específico de dano irreparável."

Serge Braudo, no seu Dictionnaire du Droit Privé, publicado na Internet, diz sobre "référé": "é um procedimento oral e simplificado atribuído, em princípio, à competência do presidente da jurisdição acionada que decide no sistema de "juiz único". Ele pode ordenar medidas provisórias, principalmente a consignação de quantias em dinheiro contestadas, perícia ou pagamento de alimentos. O juiz de "référé" pode condenar ao pagamento de multas. A decisão proferida não tem autoridade de coisa julgada. Ela não torna prevento o tribunal que é posteriormente acionado quanto à matéria de mérito. O presidente das jurisdições especializadas, tais como o Tribunal do Comércio, a Justiça Trabalhista, o Tribunal dos Processos de Seguridade Social, tem competência para decidir em caso de "référé". A apelação das decisões proferidas pelo juiz de "référé" é julgada pela Corte de Apelação da circunscrição que julga em formação colegial.

Se bem que o NCPC dá competência especialmente ao chefe da jurisdição para julgar os “référés”, é usual que este último delegue essa parte de suas funções a um vice-presidente ou a outro juiz de sua jurisdição. Logo que um processo é pendente de recurso diante de uma Corte de Apelação, o primeiro presidente ou o juiz designado por ele pode, nas mesmas circunstâncias, decidir os “référés”. O primeiro presidente tem uma competência particular que lhe é dada pelo art. 957 do NCPC para suspender a execução de um julgamento incorretamente tomado como insuscetível de recurso ou para conhecer de uma defesa a execução provisória.” Jean-Jacques Barbiéri, ob. cit., pp 86, fala numa “hipertrofia atual da jurisdição dos “référés”.

Não se deve confundir esse “référé” com o que se menciona a seguir, tratado pela Enciclopédia do Advogado - Leib Soibelman: “Référé législatif. (dir. francês) Na França criou-se em 1790 este sistema de consulta obrigatória do juiz ao corpo legislativo toda vez que tivesse de interpretar uma lei ou fosse necessário criar uma nova. Facultativa era a obrigação, porque se deixava ao critério do juiz saber quando se devia ou não interpretar uma lei, mas no momento em que interpretava, a consulta era obrigatória. Mais tarde criou-se outro référé, obrigatório nos casos em que o Tribunal de Cassação tivesse de julgar um recurso para anular uma sentença sua pelos mesmos motivos que tinham anulado a primeira sentença cassada. Era o référé obligatoire. Estes dois recursos ao legislador constituem um dos mais notáveis casos de interpretação autêntica que se conhece nos tempos modernos. Na França eles foram devidos ao grande desprestígio e temor da magistratura, que no antigo regime havia desempenhado um papel ditatorial (V. Parlamentos). B. - Piero Calamandrei, La casación civil, 3 vols. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1961.”

A constituição de advogado não é obrigatória em matéria de “référé” afirma Mme Béroujon no seu Curso.

Diz Mme Béroujon no seu Curso de Processo Civil, publicado na Internet que o art. 488 do NCPC prevê que uma decisão de

“référé” só pode ser modificada se ocorre uma circunstância nova.

Se é verdade que o instituto do “référé” chama a atenção dos processualistas civis de todos os países, deve ser dito que existe um instituto chamado “référé-provision”, que visa conceder o pagamento de um crédito que se pode ter como certo, podendo ser essa antecipação de até a totalidade do crédito. É um instituto muito utilizado na vida forense.

Croze diz, ob. cit., p. 68: “Nas mesmas condições, o juiz pode ordenar a execução “in natura” de uma obrigação de fazer”.

O art. 145 do NCPD também prevê outras medidas de urgência, como antecipação de provas (“référé-expertise”).

A existência da urgência, no entanto, não é requisito obrigatório para a concessão de “référé”.

A decisão pode dar base à execução provisória.”

A previsão de tutelas de urgência é importante principalmente num país instável economicamente como o nosso e frente ao famoso “jeitinho brasileiro”...

- A tutela de urgência ou de evidência será requerida ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal, iniciando-se, a partir de então a formação do processo sincrético, sem necessidade de promoção de outra ação principal.

Questão de celeridade.

- Redefiniu-se o litisconsórcio unitário e necessário em dispositivos distintos fundando-se o conceito na doutrina de Barbosa Moreira e Frederico Marques.

É perigoso para a lei estar a definir institutos jurídicos. Todavia, como as vozes dos referidos doutrinadores são de autoridade por todos reconhecida, não deverá haver problema.

- O Regime da interdependência aplicável ao litisconsórcio unitário explicita que os atos e as omissões de um litisconsorte não prejudicarão os demais, mas os beneficiarão.

Evidentemente.

- A nomeação à autoria é utilizada para a correção da legitimidade passiva, após manifestação do réu, diante da aparência de correta propositura.

A ideia é de aproveitar a processo, apenas substituindo-se um réu por outro.

- O “Chamamento ao Processo” reúne as hipóteses atuais dos institutos da denunciação à lide e do próprio chamamento ao processo.

A intenção deve ser a de uma simplificação útil.

- É excluída, como figura de intervenção voluntária a oposição e mantidas a assistência simples e litisconsorcial.

A oposição tem entravado muitos processos e sai de cena em boa hora.

Incidente de resolução de demandas repetitivas

- O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas passa a obedecer o seguinte regime jurídico.

- O incidente pode ser suscitado pelas partes ou pelo juiz de ofício.

- O julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas produz coisa julgada em relação aos processos pendentes, sujeitando-se a recurso com efeito suspensivo, mas sem reexame necessário. As ações supervenientes (intentadas durante o processamento do incidente) também serão atingidas pela decisão deste.

- O Tribunal poderá deferir a juntada de documentos e de diligências necessárias à elucidação da questão de direito controvertida.

- A suspensão de outras causas apenas ocorrerá após a admissão do incidente pelo Tribunal.

- Um dos requisitos para instauração do incidente é o “potencial para acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, aferido pelo Tribunal.

- *Os terceiros e o Amicus Curiae são legitimados à interposição dos recursos extraordinários.*
- *A Defensoria Pública tem legitimidade para suscitar o incidente.*
- *Admitido o incidente pelo Tribunal, serão suspensos os processos pendentes em primeiro grau de jurisdição na instância local.*
- *Se houver recurso extraordinário ou especial do julgamento do incidente, caberá ao STF/STJ suspender recursos pendentes sobre o mesmo tema, em todo o território nacional.*
- *O incidente de resolução de demandas repetitivas deverá ser julgado no prazo de 12 meses, e desfrutará de preferência legal, salvo os processos de habeas corpus.*
- *O relator do recurso pode suscitar o incidente de resolução de demandas repetitivas.*
- *A tese jurídica adotada na decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas será aplicada tanto aos casos já ajuizados quanto às ações supervenientes.*
- *Descumprida a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, caberá ajuizamento de reclamação ao tribunal competente.*
- *O efeito suspensivo do recurso especial e do recurso extraordinário interpostos no incidente de resolução de demandas repetitivas terá duração de 180 dias, sendo certo que superado este prazo, os processos individuais voltam a correr, resguardados os poderes do STJ e do STF para conceder medidas urgentes.*
- *Os legitimados mencionados no artigo 103-A da Constituição Federal podem propor a revisão e o cancelamento do entendimento firmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas.*
- *O incidente será processado sem prejuízo do julgamento oportuno das questões remanescentes, decorrido o prazo de suspensão dos processos.*

- *O Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente, na qualidade de fiscal da lei, assumindo a titularidade do incidente em casos de desistência ou abandono.*
- *O incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez admitido, será comunicado imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão em cadastro nacional.*
- *O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, no prazo comum de quinze dias e, em seguida, o Ministério Público em igual prazo, os quais poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida.*
- *Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu da ação que deu origem ao incidente, pelo prazo improrrogável de trinta minutos para cada um, a fim de sustentarem as suas razões.*
- *No âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas uma vez interpostos os recursos extraordinário ou especial, os autos subirão independentemente da realização de juízo de admissibilidade no Tribunal de origem.*

Como se trata de novidade no Processo Civil brasileiro, a tendência é sua explicitação com um detalhamento exagerado.

Muitos juristas criticam o presente instituto por entenderem que representará o agravamento da verticalização da Justiça, com prejuízo para a 1ª e a 2ª instâncias.

Dependendo de como a 3ª e a 4ª instâncias utilizarem a inovação, esta poderá ser boa ou ruim.

LIVRO II- PROCESSO DE CONHECIMENTO

- *Os poderes do juiz foram ampliados para, dentre outras providências, adequar as fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.*

Da referida monografia peço licença ao prezado leitor para transcrever um trecho mais longo, que pode servir para a análise sobre alguns poderes do juiz no Processo Civil:

“3.23 - acusatório mitigado pelo inquisitório

Hervé Croze, ob. cit., pp 6/7, trata do assunto assim: “O Processo Civil foi construído como um duelo judiciário entre as partes arbitrado pelo juiz. É porque o Processo Civil era tradicionalmente acusatório, porque o juiz não pretendia encontrar ele mesmo a verdade ao preço de investigações pessoais (como o juiz de instrução criminal), mas somente exercer a função de árbitro diante das argumentações das partes, que sua neutralidade impedia de tocar. O Processo Civil era então realmente coisa das partes, que tinham sobre ele um direito de vida e de morte e que, sobretudo, podia o fazer modorrar em função de seus interesses. Esse liberalismo era improdutivo, pois ele fazia demorar a solução dos litígios e, mais, era gerador de injustiça uma vez que reproduzia no processo as desigualdades econômicas e sociais existentes entre as partes. O Novo Código de Processo Civil, recapitulando diversos Decretos anteriores, dos quais alguns experimentais, traz importantes limites ao poder das partes fazendo aumentar os poderes do juiz no processo. Está-se ainda muito longe da “procura da verdade” tal como a entende o juiz penal, mas as marcas do procedimento inquisitório são claras, pelo menos nos textos, pois a prática se revela freqüentemente mais maleável senão mais de meras aparências. Em todo caso o juiz se transformou num ator importante no espaço de tramitação do processo civil e ele é correto dizer-se que o debate não se desenvolve somente entre as partes (ou seus advogados), mas também entre elas e o juiz.”

A questão de distinguir o papel do juiz do papel das partes no processo civil é considerada por Hervé Croze como das mais importantes, entendendo-se que as partes devem apresentar os fatos e o juiz aplicar o Direito, mas isso não é tão simples nem na teoria nem na prática, segundo fala a Enciclopédia do Advogado - Leib Soibelman: “Juiz e fatos.(dir. prc.) A dis-

tição entre direito e fato ainda é objeto de discussão. Carnelutti salientou que todo mundo fala de "fato jurídico" mas ninguém se preocupa em definir o que é fato, "espécie de ilha misteriosa no reino do direito". Segundo Guttman, o processo civil se tornaria muito mais fácil se o juiz levasse mais em consideração o estado de fato do que as elucubrações jurídicas. Pedro Aragonese diz que os fatos e as normas jurídicas não aparecem como fenômenos puros, os fatos só se tornam jurídicos quando mentalmente concebidos em sua significação jurídica, só podem ser concebidos dentro de categorias jurídicas e dá o seguinte exemplo: quando se diz que alguém entregará a outrem uma coisa em troca de uma quantia, imediatamente mentamos a figura da compra e venda em todas as suas conseqüências. Mesmo a figura do tatbestand ou da fattispecie (tipicidade) é relativa, porque ela se baseia numa semelhança de categorias de fatos, quando não é possível contrapor situação de fato a efeito jurídico, porque aquela só pode ser concebida dentro de uma norma, pois é desta que dependem os fatos extrajurídicos para se tornarem jurídicos. O tipo de fato só passa a ter efeitos jurídicos quando examinado de acordo com a finalidade da norma que o regula. Carnelutti diz que a fattispecie é conceito, uma possibilidade, ao passo que o fato é história, é realidade, é uma existência. Devido a todas essas dificuldades, é que hoje já se fala em distinguir a existência da essência dos fatos, aquela examinada pelo juiz de primeira instância ou de instância inferior (juízo histórico), e esta examinada pelos tribunais superiores em matéria de cassação (juízo crítico). A matéria é importantíssima para distinguir questões de fato de questões de direito em recurso extraordinário. Para o excelente jurista Amílcar de Castro, o juiz cria os fatos e o direito. Não se pode dizer, afirma ele, que o juiz aplica o direito aos fatos, porque fatos não são os acontecimentos em si mesmos, mas os acontecimentos vistos à luz de critérios estabelecidos pelas normas jurídicas. O juiz reconstitui os fatos através de um resumo das provas por ele interpretadas. O fato, perante o juiz, é sempre um fato reconstituído e nunca um fato acontecido,

é sempre uma resolução judicial que declara o que aconteceu, o juiz não julga fatos mas só a prova dos fatos, fato para o juiz "pode não ser aquilo que os interessados viram acontecer, mas é sempre o que o juiz verificou nos autos e declara que aconteceu". Frank diz que os fatos são subjetivos, e Satta escreve que o juiz cria o fato, não como invenção, mas como escolha, através de mil possibilidades ou hipóteses, daquelas que lhe pareceram mais conformes à realidade, escolha que é criação e não simples percepção. Daí poder a sentença estabelecer uma verdade fictícia, formal ou legal, presumida, que pode não coincidir com a verdade real, ou seja, a coisa julgada pode fazer do branco, preto, e do quadrado, redondo. V. fato e direito. B. Amílcar de Castro, Direito internacional privado, I. Rev. For. Rio, 1968; Pedro Aragonese Alonso, Proceso y derecho procesal Aguilar ed. Madri, 1960."

Croze diz., ob. cit., p. 35/36, que: "Comparados aos direitos das partes, os ônus que pesam sobre elas no processo civil parecerão bem leves." São, segundo o processualista: "alegar os fatos próprios a fundamentar suas pretensões" e "participar ativamente no processo", "respeitar espontaneamente o contraditório", "trazer seu concurso às medidas de instrução", atender à regra do art. 332 do NCPC, que diz que "o juiz pode ainda convidar as partes a provocar a intervenção de terceiros no processo". Segundo o art. 125 do NCPC, o juiz somente pode conhecer de ofício das causas de extinção do processo sem julgamento do mérito quando se tratem de matérias de ordem pública. Segundo o art. 10 do NCPC, o juiz pode produzir provas de ofício."

O juiz deve ter seus poderes ampliados justamente para poder dar razão a quem a tem. Em caso contrário, pode ficar refém dos advogados mais habilidosos.

- É admitida a alteração do pedido e da causa de pedir até o julgamento da causa, assegurando sempre a ampla defesa.

A previsão atual de preclusão para mudanças no pedido e na causa de pedir tem gerado decisões injustas. Nos casos concretos quase tudo

deveria ser possível, desde que se garanta a ampla defesa. O hermetismo exagerado do Processo Civil faz dele um “bicho de sete cabeças”, conhecido, de fato, apenas por poucos eruditos em relação à enorme massa de operadores do Direito.

- As ações passam a ser dúplices, exigida a conexão com o fundamento da ação ou da defesa, extinguindo-se o instituto da reconvenção.

A reconvenção tem amarrado muitos processos. Está sendo excluída do Processo Civil com o aplauso geral.

- A exigibilidade das astreintes fixadas judicialmente em liminar ou sentença vige desde o dia em que for configurado o descumprimento e devem ser depositadas em juízo para liberação na forma prevista no código.

Trata-se de regra importante, evidentemente.

- Nas ações que tenham por objeto pagamento de condenação de quantia em dinheiro, o juiz, sempre que possível, poderá prever, além de imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas ou sub-rogatórias.

Menciono mais um trecho da referida monografia:

“3.13 - a preocupação com a efetividade do processo

Menciona a Enciclopédia do Advogado - Leib Soibelman:

“Efetividade. O mesmo que eficácia. Validez sociológica ou fática da norma jurídica. Cumprimento efetivo da norma na sociedade em que vige.”

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, em Temas de Direito Processual Terceira Série, Saraiva, 1984, pp 27/28, efetividade do processo, enumera os seguintes pontos: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares do direito (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja

preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser de tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus, segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.”

No Processo Civil francês há uma grande preocupação com a “efetividade do processo”, fazendo com que o credor realmente consiga concretizar não só seu direito no mundo ideal da sentença favorável, mas, de fato, através do recebimento do bem pedido no processo ou seu equivalente.

A constituição de advogado não é obrigatória em matéria de execução e de “référé”, afirma Mme Bérouton no seu Curso.

A intenção é alcançar a efetividade nos casos concretos. No nosso país, devido às brechas do atual CPC, se diz que “só paga quem quer”.

- As matérias cognoscíveis de ofício pelo magistrado, sempre serão submetidas ao crivo do contraditório.

Aqui aparece um retrocesso. Se o juiz tem elementos para decidir de pronto, não deveria ficar amarrado pelas partes, que, muitas vezes ocorrente intuito de procrastinar, pretenderão se estender em ponderações e produção de provas.

- As matérias suscetíveis através de incidentes processuais que dão ensejo a processos incidentes, como v.g: as exceções de incompetência, impedimento, suspeição, impugnação ao valor da causa etc., serão alegadas como preliminares da contestação.

Com isso evita-se a paralisação desnecessária de muitos processos.

- O magistrado deverá apreciar prioritariamente as matérias inerentes ao impedimento e suspeição.

Evidentemente.

- O procedimento padrão, a critério do juiz ou mediante manifestação das partes inicia-se, em regra, pela audiência de conciliação.

Boa medida, uma vez que, em muitos processos, a habilidade e espírito conciliador dos juízes conseguem a transação das partes.

- A regra é o comparecimento espontâneo da testemunha por obra do interessado, sob pena de perda da prova, restando a intimação por AR, em casos devidamente fundamentados.

Importante inovação. Atualmente as partes transferem para o Juízo o encargo de trazer às audiências as testemunhas que somente a elas interessam. Somente em casos excepcionais o Juízo deverá assumir essa obrigação.

- A inversão do ônus da prova em processo cuja parte seja beneficiária da justiça gratuita, imporá ao Estado arcar com as despesas correspectivas.

Justa a inovação. Afinal, o Estado tem de transformar o discurso do acesso à Justiça em realidade.

- A eficácia preclusiva da coisa julgada (atual artigo 474) não incluirá as causas de pedir.

Correto.

- A multa prevista no atual artigo 475-J incidirá novamente, nas hipóteses de sucumbência na impugnação ao cumprimento de sentença e nos embargos à execução.

Medida coercitiva importante.

- A conexão imporá ao magistrado ordenar a reunião de ações conexas propostas em separado somente nos casos de possibilidade de risco de decisões contraditórias (atual artigo 105).

Atualmente acontece, vez por outra, a reunião de ações sem a ocorrência da “possibilidade de risco de decisões contraditórias”.

- A prevenção da competência observará o critério único do despacho ordinatório da citação.

Tal modificação tem de ser aplicada “cum grano salis”, para evitar-se prejuízo grave para uma das partes.

- É obrigatória a suscitação do conflito negativo pelo magistrado que receber o processo por declinação de competência e não a acolha.

Evidentemente.

- Os prazos processuais passam a correr somente em dias úteis.

Com o grande número de processos, que ocorre atualmente, são irreais os prazos estabelecidos no CPC.

- Os prazos processuais para os magistrados proferirem decisões passam a ser de (20) vinte dias e de 5 (cinco) para a prolação dos despachos de mero expediente.

Isso representa o mínimo que se pode pensar no atual momento da Justiça brasileira.

- Se o juiz puder julgar o mérito a favor de quem aproveitaria o acolhimento da preliminar, se absterá de pronunciá-las.

Evidentemente.

- A competência dos Juizados Especiais nas causas de até 60 salários mínimos será absoluta, concedendo-se prazo trienal para a adaptação pelos Estados membros de sua estrutura judiciária.

Até que enfim tomou-se a iniciativa de acabar com a facultatividade nos Juizados Especiais Cíveis. O atual estado de coisas desprestigia os Juizados e sobrecarrega as Varas Cíveis.

- A ausência de advogado na audiência não impedirá a realização da conciliação, a critério do juízo.

A intenção é resolver as demandas prestigiando-se o instituto da conciliação.

- Havendo audiência de conciliação, o prazo para apresentar contestação será contado a partir dela.

Evidentemente.

- O revel, a partir do momento em que ingressar nos autos, deverá ser intimado.

Evidentemente.

- É recorrível por agravo de instrumento com sustentação oral, as decisões interlocutórias que versem sobre o mérito da causa.

Não vejo razão para a sustentação oral. O vezo da prolixidade foi reconhecido por PIERO CALAMANDREI quanto à maioria dos advogados e, na prática, faz dificultosa a leitura das suas razões escritas. Se escrevessem de forma mais objetiva, seria perfeitamente desnecessária a sustentação oral.

- O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Isso já se faz atualmente.

- Será criada uma subseção II “da força probante dos documentos eletrônicos” à Seção IV (Da Prova Documental).

Regramento necessário face à desconfiança que muitos ainda nutrem quanto aos modernos recursos tecnológicos.

- As provas orais serão produzidas na audiência, conforme a ordem determinada pelo juiz, obedecidos o contraditório e o devido processo legal.

Boa medida, a do novo poder do juiz de determinar a sequência na produção das provas.

- A extinção do processo por ilegitimidade de parte impedirá nova propositura da ação sem que haja modificação do quadro fático.

Evidentemente.

Cumprimento de sentença

- Nas obrigações de fazer contra a Fazenda Pública, havendo inadimplemento, o juiz poderá impor multas até o limite correspondente ao valor da obrigação principal, o qual poderá ser seqüestrado (art. 461, §13 do Anteprojeto). O excesso da multa poderá ser revertido para a parte quando o descumprimento for da Fazenda Pública.

- O cumprimento da sentença por quantia certa dependerá da intimação do executado após o trânsito em julgado e

decorrido o prazo referido no artigo 475-J, incidindo os consectários referidos.

- A impugnação à execução de sentença que reconhece a existência de obrigação de pagar quantia em dinheiro não impede o prosseguimento da execução e deve ser formulada por simples petição.

- Os honorários advocatícios incidem na fase inicial de cumprimento de sentenças.

- É necessária a intimação pessoal, por via postal, para incidir a multa prevista no artigo 475-J, na fase de cumprimento de sentença.

- A multa do artigo 475-J incide na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, podendo ser levantada, quando do trânsito em julgado da decisão desfavorável ao executado ou quando pendente agravo contra denegação de recurso especial ou recurso extraordinário.

- A impugnação do réu referida no atual parágrafo 2º do artigo 475-J, quando rejeitada, importará na incidência da multa prevista no caput, retroativamente.

- A arguição do réu dos fundamentos previstos nos incisos II e III do parágrafo segundo não impede o prosseguimento dos atos executivos.

- Ultrapassado o prazo para cumprimento espontâneo da sentença, incidirão honorários advocatícios de 10% sobre o valor da execução. Findo o procedimento executivo, o valor dos honorários poderá ser aumentado para até 20%, observado, no que couber, o disposto no artigo 20.

- A multa fixada por decisão liminar ou na sentença será depositada em juízo e poderá ser levantada nas mesmas hipóteses previstas na execução provisória.

- O valor da multa que corresponder ao da obrigação principal será devido ao autor, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo perante o qual tramita o processo.

A maioria dos processos vai relativamente bem até o trânsito em julgado do processo de conhecimento. Depois disso, é que a lei processual não consegue se impor ao “jeitinho brasileiro” de fraudar.

Livro III- Processo de Execução

- Os honorários serão fixados entre 10% e 20% do valor da condenação ou do proveito, benefício ou vantagem econômica obtida.

- Nas causas que envolvam a Fazenda Pública, os honorários ficarão entre 5% e 10% sobre o valor da condenação ou do da vantagem econômica obtida.

- A verba de honorários advocatícios passa a ostentar, por força do novo código, textualmente, natureza alimentar, direito próprio do advogado e consequentemente não é compensável em sucumbência recíproca.

- É direito próprio do advogado os honorários na proporção do êxito obtido na causa, vedando-se a compensação.

- As multas (astreintes) podem incidir cumulativamente, sendo certo que, até o valor correspondente ao da obrigação que é objeto da ação, será devida ao autor da ação e o que exceder a este montante será devido ao Estado.

- A penhora on line” (isto é, do bloqueio à efetiva penhora) adstringe-se ao valor do crédito exequendo, impondo-se à instituição financeira informar o juízo da efetivação proporcional da constrição, sob as penas da lei.

- A ordem de bens penhoráveis, prevista no atual artigo 655 do Código de Processo Civil não é absoluta, devendo ser ponderada pelo juiz à luz dos princípios da utilidade da execução em confronto com o princípio da menor onerosidade.

- O exercício do direito à adjudicação pelo exequente e pelos demais interessados pode ser exercido após a tentativa frustrada da primeira arrematação.

- É eliminada a distinção entre praça e leilão.

- Os atos de alienação (arrematação) serão realizados por leilão eletrônico, salvo se as condições da comarca não permitirem a observância do referido procedimento.

- *É eliminada a necessidade, hoje prevista no Código de Processo Civil, de duas hastas públicas (a primeira pelo valor da avaliação e a segunda por valor que não seja considerado vil), permitindo-se que desde a primeira hasta pública o bem seja alienado por valor inferior à avaliação, contanto que não seja considerado preço vil.*
- *Os embargos à arrematação são eliminados, facultando-se à parte uma ação com o intuito de rescindir a mesma, nos moldes do atual artigo 486 do Código de Processo Civil).*
- *Os atos de averbação da execução (615-A (averbação da execução), bem como os demais de comunicação a terceiros devem ser realizados por iniciativa do próprio exequente.*
- *É regulada a prescrição intercorrente na execução.*
- *A multa do artigo 475-J incide na execução por quantia referente à execução de sentença que condena ao pagamento de pensão alimentícia.*
- *É vedada a indisponibilidade integral do capital do executado pessoa física ou jurídica.*
- *É extinta a ação monitória.*

O Processo de Execução tem de reforçar os poderes do juiz como única forma de concretizar o direito do credor.

O excesso de regras para essa fase processual somente aumenta a oportunidade de chicana.

Não pode haver tanto contraditório nessa fase, sob pena de reeditar-se o debate entre as partes, com prejuízo para a efetividade.

LIVRO IV- PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

- *Serão mantidos os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, desjudicializando os procedimentos meramente escriturais.*

O número de casos de desjudicialização deve ser multiplicado. Há muita atuação judicial desnecessária.

- *Serão excluídos os seguintes procedimentos especiais: ação de depósito, ações de anulação de substituição de títulos ao portador, ações possessórias, ação de nunciação de obra*

nova, ação de usucapião e ação de oferecer contas, compreendidos no processo de conhecimento.

Esse rol deveria ser acrescido de muitos outros casos.

- É criado um procedimento Edital, cabível nos procedimentos de usucapião de substituição ou anulação de títulos ao portador e genericamente, em quaisquer outros que, por regra de direito material, exijam a citação de interessados incertos.

Esperemos para avaliar sua real utilidade.

- O imóvel quando geo-referenciado, na forma da lei, com averbação no registro de imóveis, dispensa o juiz de determinar os trabalhos de campo na ação demarcatória e demais que incluam essa etapa procedimental.

Muito útil.

- A posse em nome do nascituro e a homologação de penhor legal serão incluídas no Livro dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa.

Boa mudança.

- O Ministério Público somente intervirá nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, nos termos do artigo 82 do CPC.

O próprio art. 82 já é suficiente para explicitar as hipóteses de atuação do Ministério Público.

LIVRO V- DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES JUDICIAIS

A modulação dos efeitos da decisão dos tribunais obedecerá o princípio da segurança jurídica e os parâmetros do controle da constitucionalidade das leis.

Evidentemente.

- As ações autônomas de impugnação serão incluídas no livro da parte geral das impugnações às decisões judiciais.

Ficará melhor.

- Os prazos recursais são unificados em quinze dias úteis, salvo os embargos de declaração e demais casos previstos em leis esparsas.

Tais prazos são mais adequados à atualidade que os do CPC de 1973.

- É instituída a Sucumbência Recursal nas hipóteses de recursos manifestamente infundados, como os que contrariam teses firmadas em súmulas dos tribunais superiores, teses fixadas em decisão de mérito de recursos com repercussão geral, recursos repetitivos ou incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como jurisprudência dominante dos tribunais superiores, ainda não sumuladas.

A verticalização da Justiça se mostra aqui claramente. Segundo alguns, essa inovação é positiva. Conforme outros, é altamente nociva para as 1ª e 2ª instâncias.

- É extinto o agravo e a preclusão no primeiro grau de jurisdição, ressalvada a manutenção do agravo de instrumento para as decisões de urgência satisfativas, decisões interlocutórias de mérito e decisões proferidas no cumprimento da sentença e no processo de execução; instituindo-se um único recurso de apelação, no qual é lícito ao vencido manifestar todas as suas irresignações quanto às interlocutórias proferidas no curso do processo.

Tratam-se de algumas das mais importantes inovações.

- O recurso de apelação continua sendo interposto no 1º grau de jurisdição, admitido o juízo de retratação em consonância com Súmulas dos Tribunais Superiores ou nos termos do atual artigo 543, relegando-se o juízo de admissibilidade formal para o 2º grau de jurisdição.

Clara a verticalização da Justiça.

- Os embargos infringentes são extintos conquanto espécie recursal, devendo constar o dever de o magistrado, cujo voto não tenha prevalecido, relatá-lo expressamente, considerando-se este voto declarado como integrante do acórdão para todos os efeitos, inclusive para fins de prequestionamento da questão jurídica.

Feliz inovação.

- Os recursos têm, como regra, apenas o efeito devolutivo, podendo o relator, nos casos legais conceder e uma vez requerido, efeito suspensivo.

O quase universal efeito suspensivo tem amarrado a maioria dos processos.

- A tese adotada no recurso repetitivo será de obediência obrigatória para os Tribunais locais.

Evidente no Novo CPC a verticalização da Justiça.

- Nos casos em que o Supremo Tribunal Federal entenda que a questão versada no recurso extraordinário é de ordem infra-constitucional impõe-se seja o mesmo remetido ao Superior Tribunal de Justiça, por decisão irrecurável, aproveitando-se a impugnação interposta. Por outro lado, nos casos em que o Superior Tribunal de Justiça entenda que a questão versada no recurso especial é de ordem constitucional, impõe-se a remessa ao Supremo Tribunal Federal que se entender pela competência da primeira Corte, pode, reenviar o recurso ao STJ, também, por decisão irrecurável.

Questão de praticidade e informalização.

- O recurso extraordinário e o recurso especial decididos (acolhidos) com base em uma das causas de pedir ou em uma das razões de defesa permitirão ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal o julgamento das demais matérias, ainda que com relação a elas não tenha havido questionamento, ex officio ou a requerimento da parte.

Praticidade e informalização.

- Revelando-se necessária a produção de provas, o processo será remetido ao 2º grau de jurisdição, para a realização da diligência indispensável.

Evidente.

- O acórdão que examine apenas um dos fundamentos da apelação ou da resposta e desde que interpostos embargos

de declaração, permitirá sejam considerados todos os temas debatidos em eventual recurso especial ou extraordinário.

Praticidade e informalização.

- Nos casos dos atuais artigos 543-B e 543-C, remanescerá a competência do Tribunal a quo para julgar as demais questões que não foram decididas pelo Tribunal Superior, podendo caber quanto às mesmas, novo recurso submetido ao regime dos repetitivos.

Boa medida.

- A reiteração de embargos considerados originariamente protelatórios, poderá implicar a cumulação de multas progressivas.

Medida necessária.

- É extinto o instituto da uniformização de jurisprudência.

Boa medida.

- A conclusão dos autos ao revisor deve ser feita por via eletrônica, onde houver e, em seguida, apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, mandando publicar, em todos os recursos, a pauta no órgão oficial.

- O recurso contra a decisão de indeferimento liminar da petição inicial não terá revisor, ressalvados os casos previstos em leis especiais.

- Será permitida sustentação oral em agravo de instrumento contra decisões interlocutórias de mérito e de urgência proferidas em primeiro grau de jurisdição.

- O prazo para a sustentação oral em agravo de instrumento será de dez minutos.

- No julgamento de apelação, não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo apresentá-lo na sessão seguinte, prosseguindo-se o julgamento, dispensada nova publicação em pauta.

- *Haverá prazo para a publicação do acórdão, sob pena de ser substituído pela conclusão aferida das notas taquigráficas, independentemente de revisão.*
- *O relator negará seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que afrontar súmula do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, decisão representativa de controvérsia adotada conforme o regime jurídico dos artigos 543 B ou C ou de incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como jurisprudência dominante nos tribunais superiores ainda não sumuladas.*
- *O relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida afrontar súmula do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, ou decisão representativa de controvérsia tomada com base no regime dos arts. 543 B ou C, ou de incidente de resolução de demandas repetitivas, ou jurisprudência dominante ainda não sumulada.*
- *O STF e o STJ poderão modular os efeitos da decisão que alterar sua jurisprudência predominante, de modo que possa atribuir eficácia apenas para o futuro.*
- *O cabimento da apelação impedirá a execução da decisão impugnada, até que o Tribunal se manifeste a respeito do juízo de admissibilidade, ocasião em que poderá conceder o efeito suspensivo eventualmente requerido pelo recorrente.*
- *A possibilidade de concessão de efeito suspensivo aos recursos fica submetida à demonstração de probabilidade de provimento.*
- *A desistência do recurso representativo da controvérsia não obstará o julgamento da questão jurídica nele versada.*
- *Será excluída a exigência de recolhimento de caução para interposição de apelação.*
- *Quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão, a instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará verba honorária advocatícia, observando-se o disposto nos parágrafos 2º e 3º do atual art. 20.*

- *A relevação da deserção é da competência do relator do recurso.*
- *Haverá reexame necessário para causas em que for parte a Fazenda Pública e de valor superior a mil salários mínimos.*
- *A jurisprudência firmada em recurso representativo da controvérsia e em incidente de resolução de demandas repetitivas impedirá o reexame necessário.*
- *O reexame necessário, nos casos de sentença ilíquida, será apreciado apenas na fase de liquidação.*
- *O prazo de interposição dos embargos de declaração será de cinco dias úteis.*
- *Quando os recursos extraordinário ou especial tempestivos forem inadmissíveis por defeito formal, poderão o STJ e o STF desconsiderá-los, nos casos dos artigos 543-B, 543-C e em outros casos em que a resolução da questão de mérito contribua para o desenvolvimento do direito.*
- *No julgamento de repercussão geral (artigo 543-B), ficarão suspensos os processos que estiverem em primeiro grau de jurisdição nos quais se discuta idêntica controvérsia, por um período que não deverá exceder doze meses. Sobrevindo, durante a suspensão, decisão do Supremo Tribunal Federal, a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença aplicando a tese firmada.*
- *Uma vez decidido o recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados no mérito pelos tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais, que aplicarão a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal.*
- *No julgamento de recursos repetitivos (artigo 543-C) ficarão suspensos os processos que estiverem em primeiro grau de jurisdição nos quais se discuta idêntica controvérsia, por um período que não deverá exceder doze meses. Sobrevindo, durante a suspensão, decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença aplicando a tese firmada.*
- *As teses firmadas nos recursos repetitivos deverão ser observadas sob pena de reclamação.*

- *Caberá ação rescisória quando houver manifesta violação à norma jurídica.*

- *A petição de agravo de instrumento deverá ser instruída (inciso I do caput do artigo 525 atual) obrigatoriamente com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação, do mandado de intimação ou de outro documento oficial que comprove a tempestividade da interposição, bem como das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.*

- *É embargável, em âmbito de recurso especial, a decisão que divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo a decisão de mérito ou de suposta inadmissibilidade que aprecia o mérito do recurso.*

- *Será também embargável a decisão da turma quando, em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário, sendo a decisão de mérito ou de suposta inadmissibilidade que aprecia o mérito do recurso.*

É cabível embargos de divergência nas causas e incidentes da competência originária dos Tribunais Superiores.

Aguardemos o resultado prático das mudanças no sistema recursal.

Na minha monografia O Processo Civil Francês faço referência ao sistema recursal daquele país:

“3.33 - o duplo grau de jurisdição

Consigna a Enciclopédia do Advogado - Leib Soibelman: “Duplo grau de jurisdição. (dir. prc.) Princípio de ordem pública segundo o qual toda causa tem direito a um reexame por uma segunda instância.”

Muito mitigada no Processo Civil francês a idéia de que o duplo grau de jurisdição seja uma boa coisa, ao contrário prevalece a idéia de que em causas de pequeno valor, cujo teto é mais baixo nas causas de competência da Justiça Trabalhista, são insuscetíveis de apelação, transitando em julgado na 1ª e única instância. Com isso, desafogam-se as Cortes de Apelação e, por via de consequência, a Corte de Cassação.

Segundo o NCP, as decisões judiciais são: sentenças

(prolatadas por um órgão jurisdicional de 1ª grau); arestos (proferidos pelas Cortes de Apelação ou pela Corte de Cassação) e ordenanças (prolatadas por juiz único).

As sentenças se classificam, segundo o NCPC em: de mérito e “outras sentenças”: as que extinguem o processo sem julgamento do mérito, as sentenças de “référés” e as “sur requête”.

Croze, ob. cit., p. 43, diz que essa classificação “não é nada racional”. Mais adiante, p. 44, diz que “os autores do Código fundaram sua classificação inteiramente sobre a autoridade da coisa julgada, de maneira que opõem as decisões que fazem coisa julgada daquelas que não.”

Mencionam-se dois tipos de recursos (art. 527 do NCPC): a) ordinários: apelação e oposição; b) extraordinários: oposição de terceiro, recurso de revisão e provimento de cassação. No entanto, há mais um que é a contradita, contemplado alhures no Código.

Croze, ob. cit., pp 49, diz, com outras palavras, que, apesar de falha a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, há interesse prático em se manter essa classificação, porque os recursos ordinários têm efeito suspensivo da execução, o que não acontece com os extraordinários.

Recursos Ordinários:

1) Apelação - visa a reforma ou a anulação de uma decisão (em sentido amplo) de primeiro grau, seja ela uma sentença de mérito, uma sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito, uma ordenança de “référé” ou uma ordenança “sur requête”(art. 542 do NCPC), evidentemente se ultrapassado o teto do valor da causa já mencionado. Regra geral as apelações somente são interpostas com a prolação da sentença que encerra o processo, mas, como visto, podem se referir a decisões interlocutórias, mas, nesse caso, só são julgados imediatamente se o juízo apelado decidiu com excesso de poder ou violou flagrantemente os direitos de defesa (“appel-nullité”). Tanto a matéria de fato como a de direito são reanalisadas pela Corte de apelação competente, presente o efeito devolutivo do recurso). Segundo o art. 562 do

NCPC, a Corte de Apelação pode em casos específicos utilizar seu poder de “avocação”, suprimindo um grau de jurisdição.

2) Oposição - é o recurso do revel, perante o mesmo Juízo do processo em que sofreu condenação, sendo necessário o preenchimento cumulativo das seguintes condições: o processo não comporta recurso e o recorrente não recebeu a citação no processo que originou o recurso. É um recurso raramente utilizado, sendo preferido pelo vencido o recurso de apelação, se é possível no caso. É interposto perante o próprio órgão jurisdicional de 1º grau que julgou inicialmente.

3) A contradita - é o recurso que visa somente resolver conflito de competência. Recursos Extraordinários:

1) Oposição de Terceiro - é manobrável pelo terceiro que se sinta atingido pela sentença ou acórdão. É ajuizado perante o Tribunal que julgou a demanda que originou o recurso.

2) Recurso de Revisão - visa, como o próprio nome diz, a revisão do julgamento, interposto o recurso perante o próprio órgão jurisdicional recorrido, alegando-se: fraude praticada por uma das partes, o que teria determinado o rumo da decisão recorrida; descoberta de peças importantes que estariam em poder da parte contrária; peças ou declarações declaradas falsas pela Justiça; depoimentos, atestações ou juramentos declarados judicialmente falsos.

3) Provimento em Cassação - visa assegurar a unidade da interpretação das regras do Direito. Segundo o art. 604 do NCPC, “tende a fazer censurar pela Corte de Cassação a não-conformidade da decisão que ele ataca às regras de direito”. A Corte de Cassação somente tem duas opções: anular ou não anular a decisão recorrida, mas não a reforma., pois não é 3ª instância. Os recursos mais usados no foro francês são a Apelação e o Provimento em Cassação, segundo Jean-Jacques Barbiéri.

Christine da Luz, Juíza francesa que esteve no Brasil verificando a estrutura do nosso Processo Civil, escreveu um Relatório em que diz, entre outras coisas, que no Brasil há recursos demais, no que ela tem razão, dizendo também que aqui se abusa do direito de recorrer.

Os recursos ordinários têm efeito suspensivo, os extraordinários, não. Outra diferença entre os referidos recursos é que cabem os ordinários em todos os casos, a não ser com previsão da lei em contrário, enquanto que os extraordinários são abertos nas hipóteses especificadas na lei.

Outra observação importante é lembrada por Jean-Jacques Barbiéri, ob. cit., pp 111: “As decisões provisórias não podem ser julgadas em apelação independentemente do julgamento da matéria de fundo do processo.”

A apelação visa anular ou reformar a decisão ou sentença de 1º grau, mas a Corte de Apelação pode conhecer de matéria que não foi objeto do recurso e julgá-la.

A Corte de Cassação julga só a matéria de fundo, quer dizer, de mérito, não a de fato. Visa simplesmente manter a unidade jurisprudencial, não sendo 3ª instância a não ser em casos especiais. O art. 311-9 do Código Civil impede o abandono da causa quando se trata de demanda que verse sobre filiação, valendo isso, naturalmente, para o caso de recurso em andamento.”

CONCLUSÃO:

As modificações mais urgentes no cotidiano forense seriam: 1) a objetividade na redação das peças processuais, tanto por parte dos advogados quanto dos magistrados e demais operadores do Direito; 2) a obediência à ética profissional; e 3) a intenção sincera de todos em resolver realmente os problemas das partes litigantes.

Com o pensamento voltado para esse ideal, desnecessárias seriam as mudanças processuais. ❖

A Jurisdição na perspectiva publicista e privatista em países que adotam o modelo *civil law* no contexto da solução de demandas individuais de massa (Notas sobre o incidente de resolução de ações repetitivas previsto no PLS nº 166/10)

Marcelo Pereira de Almeida

Marcelo Pereira de Almeida - Advogado no Rio de Janeiro – Professor de Direito Processual Civil da UNESA e de Direito Processual Civil e Direito Constitucional da EMERJ e da Escola Superior de Advocacia - ESA

1) INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por escopo apresentar considerações críticas sobre a tendência da jurisdição nos países de *civil law* na solução de demandas individuais de massa, enfocando a inclinação publicista do ordenamento processual brasileiro identificada nas últimas reformas da legislação, direcionada à solução de causas desta natureza, problema apontado com um dos fatores que gera a morosidade e ineficiência da prestação jurisdicional.

Destacam-se nesta pesquisa os modelos de resolução de demandas repetitivas, inseridos no ordenamento pátrio, tais como o processamento dos recursos excepcionais repetitivos, trazidos pelas Leis nºs 11.418/06 e 11.672/08, e a proposta de se instituir um incidente de resolução de demandas individuais de massa previsto no PLS nº 166/10, destinado a criar o Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Senado Federal.

Para atingir a finalidade proposta, o trabalho foi desenvolvido em cinco seções, abordando os pontos sensíveis deste formato de solução de conflitos, avaliando os principais procedimentos destinados a alcançar este objetivo, e alguns aspectos no direito comparado que, em certa medida, influenciou o sistema brasileiro.

Na primeira seção, faz-se uma breve análise das principais características dos modelos publicistas e privatistas de ordenamentos processuais e as evoluções observadas.

Na segunda, apresenta-se uma abordagem histórica do desenvolvimento do modelo dos direitos coletivos e da coletivização das demandas individuais no ordenamento brasileiro.

Na terceira seção, procura-se identificar os métodos de tratamento de coletivização das demandas individuais de massa no ordenamento brasileiro.

Na quarta seção, é realizada uma breve incursão no incidente de coletivização de ações individuais no direito processual alemão, identificado como fonte inspiradora do modelo que se pretende adotar no Brasil.

E, por fim, são feitas algumas considerações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no PLS nº 166/10, que vem como proposta para solução de causas desta natureza no sistema brasileiro. Devendo ser destacado que as considerações são realizadas com primeiras impressões, por se tratar de proposta legislativa, apesar de se poder extrair algumas inferências empíricas, diante da similitude que apresenta com alguns instrumentos já em vigor.

Nestas linhas, não se tem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas sim trazer alguns pontos de reflexão, de sorte a proporcionar o debate aberto e construtivo sobre uma questão de magnitude incontestável.

2) A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO NO CONTEXTO PUBLICISTA E PRIVATISTA

Para propor reflexões sobre a coletivização das demandas individuais de massa e a direção que o ordenamento processual brasileiro vem seguindo nos últimos anos, faz-se necessário traçar algumas linhas sobre a evolução da atividade jurisdicional nos países ocidentais no contexto publicista e privatista.

Vem sendo alvo de vastas pesquisas sobre a atividade jurisdicional, a tendência que os ordenamentos processuais nos países ocidentais vem seguindo em relação, principalmente, a concessão de maiores poderes ao

Estado para a condução do processo judicial, cujo marco teórico inicial é representado pela concepção liberal de tutela dos direitos do século XIX, em que o processo apresentava o escopo de garantir a plenitude dos direitos subjetivos dos cidadãos, e não a observância do direito objetivo. A jurisdição e o processo destinavam-se a atender os anseios dos cidadãos e não havia preocupação com o interesse público.¹

Essa característica positivista clássica do sistema gerava como consequência a limitação total dos poderes do magistrado, pois não lhe permitia trazer ao processo fatos não postos pelas partes, determinar produção de provas não requeridas e até examinar falta de pressupostos processuais de ofício. Chegava ao extremo de até a fluência dos prazos depender da atividade das partes, características que só vieram a desaparecer nos ordenamentos do século XX.

O movimento de publicização do processo teve suas origens na elaboração do Código Austríaco de 1895, de influência socialista, e dominou a doutrina do início do século XX, com características autoritárias, na medida em que retirava das partes a condução do processo, transferindo esta atribuição aos juízes.²

Este novo modelo de tutela dos direitos foi retratado nas legislações codificadas influenciadas pelo socialismo e fascismo, que pregavam a idéia de que o aumento dos poderes do Estado representava um avanço social, o que justificaria a ampliação dos poderes do magistrado, para proporcionar mais qualidade e justiça na forma da tutela jurisdicional, significando que o processo, neste contexto, foi alçado ao patamar de interesse público.³

Nessa perspectiva, o juiz é responsável pela condução do processo, adotando uma postura ativa na coleta da prova para atingir a verdade real, podendo distribuir de modo dinâmico a carga da prova, promover o impulso oficial do processo, deferir medidas satisfativas de modo oficioso⁴, tudo com a justificativa de promover a justiça no seio social.

Com o segundo pós-guerra se observou a reconstrução do constitucionalismo na Europa ocidental, ocasionando a supremacia do inte-

1 GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil". *Revista de Processo*. n. 164. out./2008. p. 31.

2 Idem. P. 32.

3 Neste sentido, Leonardo Greco sustenta que "Nos países socialistas, o processo foi concebido como instrumento do bem estar social, assumindo o juiz a função de guia e de propulsor do processo, não só técnica e formal, mas também materialmente, exercendo papel ativo e assistencial das partes, buscando com elas a verdade e a vitória da parte que tem razão, destruindo, assim, a idéia de juiz neutro. Op. cit. p. 33.

4 BENABENTOS, Omar Abel. *Teoria General Unitaria del Derecho Procesal*. Bogotá. Colômbia: Editorial Temis S/A. 2001, p. 33.

resse público em detrimento do individual e o fortalecimento dos direitos fundamentais, o que deflagrou críticas ao modelo autoritário de processo que deveria ser reconstruído para prestigiar o princípio dispositivo e a autonomia privada.⁵

Essa crítica ao modelo autoritário de processo influenciou a legislação de alguns países, o que pode ser sentido na *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha, editada no ano de 2000, que regulou o sistema processual numa perspectiva do cidadão que busca a tutela jurisdicional. Esse modelo privilegia o princípio da autonomia da vontade e apresenta como características principais a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo, limitando, por conseguinte os poderes do juiz, que não está autorizado a proferir sua decisão com base em fatos não postos pelas partes e muito menos ignorar aqueles que foram apresentados por elas.⁶

A perspectiva desse formato de jurisdição é preservar, segundo seus defensores,⁷ as garantias constitucionais do processo e direitos fundamentais, impedindo arbitrariedades dos julgadores que, sob a justificativa do interesse público que o processo detinha nos sistemas autoritários, invadiam os interesses particulares. Esse é o modelo de jurisdição que vem sendo denominado de garantista, e conta, atualmente, com vários adeptos.⁸

Constata-se, ainda, que a concepção publicista do processo também vem sendo responsável pela sensível limitação do sistema recursal, com a inserção de filtros sobrepostos destinados a restringir o uso dos recursos, pois esses são apontados como geradores de morosidade na atividade jurisdicional.

Curiosamente, a legislação brasileira vem cada vez mais seguindo na contramão dessas tendências garantistas, o que se constata pela análise do conteúdo das constantes reformas da legislação processual, que ampliam consideravelmente os poderes dos juízes, prestigiando cláusulas abertas, condução da instrução probatória de modo oficioso, controle de adaptação dos procedimentos e principalmente limitação ao sistema recursal, com o aumento da força da jurisprudência.

5 AROCA, Juan Montero. *Proceso y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch. 2006, p. 24.

6 NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. "El Derecho Procesal como Sistema de Garantías". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Mayo-agosto. 2003, p. 534.

7 AROCA. Op. cit. p. 27.

8 Por todos, AROCA. Op. cit. p. 28.

Essas considerações são necessárias para atingir a finalidade proposta, na medida em que se verifica uma tendência no ordenamento brasileiro de ampliação dos poderes dos órgãos jurisdicionais na condução e resolução dos conflitos individuais de massa, podendo ser citados como exemplos o processamento de recursos excepcionais repetitivos, repercussão geral em recurso extraordinário, súmula vinculante, e agora a iminência de instituição de incidente de resolução de demandas repetitivas para os processos que tramitam principalmente na primeira instância, tema que será tratado ao longo do texto.

É certo que os conflitos que versam sobre interesses individuais homogêneos assoberbam os órgãos do Poder Judiciário com processos repetitivos, e muitas vezes o tratamento é diferenciado por julgamentos pulverizados, o que gera, invariavelmente, insatisfação do jurisdicionado e insegurança nas relações jurídicas.

Neste aspecto, o direito processual brasileiro inovou ao criar a possibilidade de se coletivizar as demandas individuais que apresentem a mesma origem e se mostrem uniformes. Com a edição da Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, foram previstas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, possibilitando que um processo resolva conflitos de considerável número de pessoas.

Porém, a instituição das ações coletivas, em particular as destinadas a tutelar interesses individuais homogêneos, são insuficientes para a otimização destes problemas, pois estas ações não impedem que ações individuais continuem sendo propostas e recebam tratamento diferenciado, em virtude da falta de previsão de um sistema de vinculação e da falta de divulgação efetiva de ações coletivas.⁹

Pode se inferir, assim, que o papel da jurisprudência é indispensável para que o sistema harmonize as questões e promova um tratamento mais uniforme para as teses repetitivas. Mas para que essa ideia surta os efeitos desejados, o modelo processual deve prever formas de filtrar essas questões e otimizar os processos.

No ordenamento processual brasileiro vêm ocorrendo mudanças para obstar a tramitação de processos que versem sobre matérias repetitivas, e assim privilegiar a resolução das demandas de massa de modo uniformizado.

9 ALMEIDA, Marcelo Pereira. **A tutela coletiva e o fenômeno do acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Frietas Bastos, 2007, p. 178.

É a tendência de se fortalecer um modelo processual de nítido caráter publicista, em que são ampliados cada vez mais os poderes dos órgãos jurisdicionais na condução dos processos, na medida em que podem obstar o trâmite processual de uma causa repetida ou a direcionar para um julgamento por amostragem, como acontece no processamento dos recursos especiais repetitivos,¹⁰ e, em breve, poderá ocorrer com a instituição do incidente de coletivização de demandas individuais.

Vários problemas podem ser identificados com a adoção desse modelo. Cite-se como exemplo a dificuldade que o jurisdicionado encontra para provocar o *distinguishing*, ou seja, alegar que a tese de sua pretensão tem especificidades em relação àquela que foi selecionada para o julgamento, ou mesmo para provocar a revogação do precedente (*overruling*) que possa vir se utilizado como paradigma na solução daquela questão. Esses e outros aspectos serão tratados na seção específica referente ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

3) NOTÍCIA HISTÓRICA DA TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS E DA COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS NO ORDENAMENTO PROCESSUAL BRASILEIRO

O regime de tutela dos direitos, no modelo *civil law*, sempre foi visto sob um enfoque estritamente individualista. A regra da legitimidade individual, segundo a qual cada um defenderia em juízo seus próprios interesses, não permitia muitas exceções, sendo raros os casos de substituição processual ou de alguma forma a defesa em nome próprio de interesse alheio.

Por esse motivo, direitos comuns a determinados grupos de pessoas não podiam ser defendidos em juízo porque não havia uma pessoa legitimada para tanto, na medida em que não se identificava determinada pessoa prejudicada. Na verdade, todos eram prejudicados, e com isso ninguém detinha legitimidade, o que representava uma verdadeira negativa ao acesso à justiça.

10 O modelo de processamento de recursos repetitivos teve previsão embrionária no ordenamento brasileiro com a Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, prevendo no artigo 14 o pedido de uniformização, com a possibilidade de sobrestamento dos demais pedidos que tratassem da mesma matéria para o julgamento por um condutor. A Lei nº 11.418/06, responsável pela regulamentação do artigo 102, § 3º da Constituição Federal, que trata da repercussão geral em recurso extraordinário, inseriu os artigos 543-A e 543-B ao CPC. Este último artigo prevê o processamento de recursos extraordinários que apresentem a mesma tese jurídica na forma repetitiva. Em seguida a Lei nº 11.672/08, criou o artigo 543-C no CPC para estender o formato repetitivo de processamento ao recurso especial.

Nas últimas décadas, principalmente no segundo pós-guerra, contatou-se uma mudança de paradigmas com o surgimento de novos anseios sociais. Nessa realidade, além de emergirem novos problemas antes inexistentes, a informação e o apelo ao consumo infiltram-se democraticamente nas casas ricas e pobres, o cidadão passa a ter plena consciência de seu direito ao trabalho, ao lazer, à saúde, à educação, à proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Este maior número de informações instigou o desejo humano de buscar a satisfação de seus novos e antigos interesses.

Esses fatos geraram anseios coletivos e surgiram os conflitos de massa. A nova realidade impunha a criação de novos mecanismos de proteção, tanto no plano do direito material como no do processual.

A defesa adequada dos interesses metaindividuais é considerada como ponto sensível para se alcançar o pleno acesso à justiça por Cappelletti e Garth.¹¹

Entre os países que adotam o modelo *civil law*, o Brasil foi pioneiro na criação e implantação dos processos coletivos.

A primeira lei brasileira a tratar de forma adequada os interesses difusos é a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), que atribuiu legitimidade ao cidadão para defender o patrimônio público.

Em meados da década de setenta surgiu a real preocupação pela tutela dos interesses metaindividuais, com a repercussão dos trabalhos desenvolvidos na Itália. José Carlos Barbosa Moreira foi o precursor, com artigo publicado em 1977.¹² Seguindo este caminho, vieram Waldemar Mariz de Oliveira e Ada Pellegrini Grinover, que passaram a divulgar essas idéias.¹³

A Lei nº 6.938/81, da Política Nacional do Meio Ambiente, por sua vez, trouxe a legitimidade do Ministério Público para a defesa do meio ambiente. Porém, a Lei nº 7.347/85, a denominada Lei da Ação Civil Pública, causou maior repercussão no ordenamento processual pátrio.

Essa lei foi elaborada por uma comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar

11 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 12-13.

12 *Ibidem*, p. 127.

13 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 800.

Mariz de Oliveira Jr., que redigiram o anteprojeto após o encerramento de um seminário sobre o tema. O referido anteprojeto foi aprovado pela Associação Paulista de Magistrado, em 1983, e apresentado ao público pela primeira vez durante o I Congresso Nacional de Direito Processual Civil, ocasião em que José Carlos Barbosa Moreira apresentou as primeiras sugestões de aprimoramento.¹⁴

Aquelas propostas foram apresentadas ao Congresso Nacional por intermédio do Projeto de Lei nº 3.034/84. Em seguida, alguns representantes do Ministério Público fizeram alterações no projeto original e apresentaram novo projeto, que finalmente foi convertido na Lei nº 7.347/85,¹⁵ aperfeiçoada posteriormente por outras normas.¹⁶

A Constituição de 1988 estendeu seu cabimento para a defesa de outros interesses transindividuais, atribuiu *status* constitucional à tutela coletiva e ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação, além de prever, expressamente, a figura do mandado de segurança coletivo, conferindo legitimação aos partidos políticos e as entidades de classe para a sua impetração. O mandado de segurança coletivo foi regulamentado, recentemente, pela Lei 12.016/09.

A Lei nº 7.853/89 foi a primeira a tratar de matéria complementar à ação civil pública, com o fito de proteger as pessoas portadoras de deficiência, dispondo ainda sobre aspectos processuais peculiares na defesa coletiva dos interesses desse grupo social específico.¹⁷

Em seguida, foi editada a Lei nº 7.913/89, com o objeto voltado à defesa coletiva dos investidores do mercado de valores mobiliários, por danos a eles causados. Com previsão inovadora referente à possibilidade de ressarcimento de danos individuais a esses investidores. Foi a primeira notícia da defesa de interesses denominados individuais homogêneos, que, até então, só poderiam ser tutelados em conjunto pela figura do litisconsórcio, uma vez que a ação civil pública possibilitava apenas a proteção de interesses difusos, com a destinação da indenização para o fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro". In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 78

15 GRINOVER. Op. cit. p. 805.

16 Ibidem, p. 806.

17 Pode ser destacado o artigo 3º, § 6º que reza: "em caso de desistência ou abandono da ação, qualquer dos legitimados pode assumir a titularidade ativa".

A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) veio a seguir com normas específicas para a ação civil pública ajuizada na defesa da criança e do adolescente.¹⁸

A mais relevante alteração da Lei da Ação Civil Pública veio com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que modificou profundamente a sua estrutura. Todo o Título III tem aplicação em qualquer ação civil pública, conforme determina o artigo 21 da Lei nº 7.347/85.¹⁹ Foi acrescentada, ainda, a possibilidade de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos e a de celebração de termo de ajustamento de conduta.

A coletivização das demandas individuais de massa ganhou amplitude considerável com o advento do CDC, pois este diploma legal permitiu a utilização de ação coletiva para a defesa de qualquer interesse individual homogêneo.

Outras regras que afetam a tutela coletiva devem ser lembradas.

A Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94) ampliou também o campo de incidência da ação civil pública. Seu artigo 88 determinou a inclusão do atual inciso V no artigo 1º da Lei nº 7.347/85. Com isso, os danos causados por infração da ordem econômica passaram a ser tuteláveis por intermédio dessa ação.

A medida provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97, fez previsão de limitação dos efeitos da coisa julgada ao território de competência do juízo prolator da sentença, com a alteração feita no teor do artigo 16 da Lei nº 7.347/85. Alteração muito questionada pela doutrina.²⁰

A referida lei, prevê, ainda, a restrição de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, condicionando-a, no que tange às demandas coletivas, à audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Nesta breve evolução histórica, deve ser consignado que foram apresentadas e discutidas propostas nas comunidades jurídicas do Rio de

18 Não havia previsão expressa de defesa dos interesses individuais homogêneos das crianças e dos adolescentes.

19 A redação deste dispositivo foi dada pelo Código de Defesa do Consumidor.

20 Ada Pellegrini Grinover sustenta com veemência que a coisa julgada não estaria limitada a esse âmbito de competência do juízo (cf. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 795). Em sentido semelhante, criticando a alteração legislativa, cf. VIGLIAR, José Marcelo M., **Ação Civil Pública**, n. 10.2. p. 105; e MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Manual do Consumidor em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 130.

Janeiro e de São Paulo de elaboração de um código de processo civil coletivo. Estas propostas culminaram na elaboração de um projeto de lei para sistematizar a ação civil pública, encaminhado ao Congresso Nacional, em setembro de 2009, pela Comissão de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. O referido projeto recebeu a numeração 5.139/09, mas infelizmente foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados,²¹ sendo alvo de recurso na tentativa de submetê-lo ao Plenário dessa Casa Legislativa.

4) A COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

Conforme já observado, até 1990, o sistema de defesa de interesses coletivos no Brasil era representado pela ação popular e pela ação civil pública. Apesar das referidas leis, em 1988 foi promulgada uma Constituição símbolo do Estado Democrático de Direito, preocupada com interesses metaindividuais e prevendo a necessidade de amparo aos interesses dos consumidores.

Assim, no moderno ordenamento jurídico brasileiro surgiu a intenção de criação de um instrumento responsável pela tutela das relações de consumo, o que foi consolidado em 11 de setembro de 1990, com a publicação do Código Brasileiro de Defesa dos Consumidores.

O referido código foi de fundamental importância para a defesa de direitos transindividuais, pois trouxe vários mecanismos que passaram a ser utilizados nas demais ações coletivas, como as noções de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, previstas no artigo 81.

Verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor se destaca na área processual por definir regras de competência para as ações de consumo, o que está disposto no artigo 93 desse diploma legal, por trazer regramento diferenciado ao ônus da prova, e por tratar da legitimação para essas ações.

Conforme apontado na seção anterior, o tratamento da coletivização das demandas individuais foi consideravelmente modificado com a edição do CDC, com a previsão expressa de ação coletiva para tutelar interesses individuais homogêneos.

21 CCJC da Câmara rejeita projeto de lei que disciplina a ação civil pública. O Projeto de Lei (PL) nº 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A Comissão rejeitou o parecer pela aprovação, em forma de um substitutivo apresentado pelo deputado federal Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ). Em seu lugar, foi acatado o voto em separado do deputado José Carlos Aleluia (DEM-BA), pela rejeição. Como o projeto foi rejeitado em caráter conclusivo, não precisa ser votado pelo Plenário.

Esses interesses previstos no artigo 81, parágrafo único, III do CDC têm origem nas *class actions* do direito norte-americano.

Segundo Araújo Filho²², as *class actions* foram herdadas do sistema legal inglês e eram utilizadas quando se tinha interesse comum ou geral de muitas pessoas.

Por constituírem uma classe numerosa, seria impraticável trazer todos os seus membros a juízo. Assim, um ou mais membros poderiam propor a ação ou apresentar a defesa pela totalidade da classe.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, os interesses individuais homogêneos são aqueles que, embora se apresentem uniformizados pela origem comum, permanecem individuais em sua essência.

Hugo Nigro Mazzilli²³ defende tese de que os interesses individuais homogêneos, em sentido lato, não deixam de ser também interesses coletivos, porquanto os interesses individuais homogêneos, assim como os difusos, originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, os titulares dos primeiros são determinados ou determináveis, enquanto os titulares dos demais são indeterminados.

Teori Albino Zavascki²⁴, por sua vez, entende de modo diferente a concepção de interesses individuais homogêneos e denomina a sua defesa de “defesa coletiva de direitos”, ressaltando que esta não se confunde com a defesa de direitos coletivos.

Segundo o autor, direito coletivo é direito transindividual (sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo, *strictu sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles.

Pode-se dizer, portanto, que interesses individuais homogêneos representam um conjunto de vontades individuais. O que os difere dos direitos coletivos é a divisibilidade desses interesses, ou seja, é possível que cada sujeito ingresse individualmente com sua demanda. E isso porque o objeto da ação é divisível.²⁵

22 ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 89.

23 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p.53.

24 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: RT, 2007, p. 130.

25 Conforme já observado, a Lei n° 12.016/09 regulamentou o mandado de segurança coletivo, e no artigo 21, parágrafo único, inciso II, está definido o interesse individual homogêneo passível de proteção pelo *mandamus*.

Araújo Filho²⁶, ao abordar a evolução da tutela dos direitos individuais homogêneos no Direito brasileiro, remete ao VII Congresso Internacional de Direito Processual, realizado em Würzburg, 1983, em que Barbosa Moreira designou os interesses individuais homogêneos como “acidentalmente coletivos” e os interesses coletivos *strictu sensu* e difusos como “essencialmente coletivos”.²⁷

Os interesses individuais homogêneos também receberam tratamento específico na recente regulamentação do mandado de segurança coletivo, conforme prevê o artigo 21 da Lei nº 12.016/09.

Percebe-se que o legislador tem se preocupado, em certa medida, com a massificação dos conflitos, mas verifica-se que o tratamento dado não resolve os problemas principais identificados na realidade dos processos judiciais que versam sobre matérias repetitivas.

Primeiro ponto de estrangulamento que pode ser identificado, diz respeito a ausência no sistema de resolução de demandas de massa da divulgação ampla das ações coletivas, cujos processos estão em curso, de sorte a possibilitar ao jurisdicionado o conhecimento da existência de demandas que tratem de tema afeto a sua pretensão.

A divulgação somada a notícia de que o jurisdicionado estaria com a sua pretensão sendo tutelada adequadamente poderia evitar proposições de ações individuais, diminuindo, assim, o número de processos repetitivos.

Ao lado da ampla divulgação, a adoção de um sistema de vinculação coerente, tal como o *opt out*, possibilita a obstrução de ações que versem sobre a mesma matéria.

Pela técnica de *opt out*, presume-se que os membros do grupo desejam fazer parte do litígio e condiciona-se a sua exclusão a uma manifestação expressa nesse sentido.

Naturalmente, há o risco de que o membro do grupo que sequer tenha conhecimento da existência da ação coletiva seja atingido pela coisa julgada e tenha um direito declarado inexistente em juízo.²⁸ Todavia, principalmente nos casos em que o valor da pretensão individual é reduzido, a presunção de que o membro do grupo lesado queira participar da ação é muito mais realista. Afinal, nesses casos, a tutela coletiva é a

26 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Op. cit., p. 95.

27 *Ibidem*, p. 97.

28 *Ibidem*, p. 98.

única forma de tutela jurisdicional do seu interesse. Por outro lado, nos casos em que as pretensões individuais sejam de valor muito alto, que inclusive justifiquem financeiramente a propositura de ações individuais, muito provavelmente o membro será informado da existência da ação coletiva e poderá exercer o direito de autoexclusão, ou já terá proposto a sua ação individual.

No caso do sistema de *opt out*, a inércia opera para ampliar o número de pessoas abrangidas pelo processo coletivo, na medida em que os não notificados e indecisos permanecem como membros do grupo na ausência de qualquer atitude em contrário. A vantagem maior é para o grupo, principalmente nas causas de pequeno valor, cujos titulares são pessoas simples, que, por ignorância, timidez, acomodação, medo, ou simples inércia, jamais tomarão posição ativa de intervir no processo. Para essas pessoas, as ações de classes funcionam como atividade administrativa do Estado, em que os interesses dispersos da comunidade são representados pelo governo.²⁹

Da mesma forma que no sistema de *opt in*, cujo contexto é inverso, poucos membros do grupo tomam a iniciativa de intervir no processo, no sistema de *opt out* poucos membros se dão o trabalho de solicitar a sua exclusão. Consequentemente, o índice de exclusão do grupo é ínfimo, em geral, inferior a 1%.³⁰ Essa observação, porém, merece reparo. Em verdade, tudo vai depender dos fatos e das peculiaridades da causa, do valor das pretensões individuais dos membros ausentes, da forma em que a divulgação é realizada etc. Antonio Gidi indica como exemplo, nos casos de *small claims class actions*, em que o valor das pretensões individuais não justifica a propositura de ações singulares, que é de se esperar um reduzido número de exclusões. A proporção de *opt outs* é consideravelmente maior quando os valores das pretensões individuais são economicamente viáveis.³¹

Sendo verdade que o sistema de *opt out* opera, na prática, para aumentar o tamanho do grupo, pode-se dizer que ele é vantajoso sempre para a parte que tem razão, seja ela o grupo ou a parte contrária. Se o grupo foi efetivamente lesado pelo réu é de seu interesse que todos os membros sejam beneficiados, salvo aqueles poucos que tomarem a

29 GIDI, Antonio. "Notas para a redação de uma exposição de motivos". In: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007, v. 4, p. 295.

30 *Ibidem*, p. 294.

31 *Ibidem*, p. 293.

iniciativa e se excluírem do grupo. Sendo o réu quem tem razão, ele terá todo o interesse de que a sentença de improcedência vincule o maior número possível de pessoas, encerrando de uma vez a controvérsia.³²

Acontece que essa análise — que pode ser correta em quase todos os países do mundo — não se ajusta necessariamente à realidade americana, pois a certificação de uma ação coletiva cria grande risco para o réu, que passa a responder em juízo por uma pretensão coletiva de altíssimo valor, que pode levá-lo à ruína. Junta-se a isso as altas despesas com a defesa de uma ação coletiva e o fato de se estar diante de um réu fragilizado, vulnerável a chantagens e pronto a aceitar acordos milionários em ações de mérito duvidoso, somente para evitar as despesas e os riscos inerentes à defesa de uma ação coletiva. Todavia, a realidade americana é diferente da de outros países, e não pode ser generalizada.³³

A opção legislativa entre um ou outro sistema, portanto, é exatamente importante, porque a técnica adotada será decisiva na determinação do tamanho do grupo e, conseqüentemente, na indenização devida pelo réu.³⁴

O sistema de *opt out* tem algumas desvantagens em relação ao sistema da presença compulsória, que vão além de mera impossibilidade de gerar uniformidade das decisões. É de se esperar que os membros ausentes que terão interesse e iniciativa para se excluírem do grupo, em geral, serão exatamente aquelas pessoas mais ativas, que teriam interesse e iniciativa para intervir, contribuir e participar ativamente no litígio coletivo, se o direito de autoexclusão não fosse permitido. Tais membros, motivados pelo interesse egoístico de proteger os seus interesses divergentes ou controlar a adequação do representante, poderiam suprir o juiz com informações importantes sobre o caso e sobre eventuais conflitos existentes entre os membros do grupo. A presença e a participação dessas pessoas podem ser essenciais para que o juiz cumpra a sua função de proteger os interesses dos membros ausentes de forma mais completa, efetiva e abrangente,³⁵ legitimando a decisão pela participação no procedimento.

32 *Ibidem*, p. 294.

33 *Ibidem*, p. 295.

34 GIDI, *loc. cit.*

35 *Ibidem*, p. 296.

Por outro lado, adverte Antonio Gidi que o direito de autoexclusão representa o reconhecimento, por parte do Estado, de que o membro ausente do grupo pode não ser ou não se sentir adequadamente representado em juízo, ter interesse em propor a sua própria ação individual ou simplesmente não ter interesse no litígio. Trata-se, assim, de homenagem à individualidade e autodeterminação do jurisdicionado, um importante valor numa cultura tradicional individualista e democrática.

Os únicos dispositivos que tratam da matéria no sistema pátrio são os artigos 104 do CDC e o artigo 22, § 1º da Lei nº 12.016/09.

Pelo artigo 104 do CDC, se estiver tramitando, concomitantemente, uma ação coletiva e ações individuais referentes a um mesmo evento danoso, é permitido que o indivíduo que esteja defendendo seus interesses individualmente requeira a suspensão do processo individual até o resultado da ação coletiva. Caso esta seja favorável aos seus interesses, ele poderá ser beneficiado. Se for desfavorável, poderá prosseguir com o processo individual. Isso significa a ausência de litispendência entre demandas individuais e coletivas que apresentem o mesmo fato gerador.

Já o artigo 22, § 1º da Lei nº 12.016/09, dispõe que, em caso de impropriedade de mandado de segurança coletivo, com pendência de mandado de segurança individual, haverá a necessidade de desistência deste último para o litigante individual ser beneficiado pelo julgado do mandado coletivo.

Constata-se que, para a efetivação do sistema processual molecular, faz-se necessária a previsão de um regime de vinculação que possibilite aos interessados optar pela demanda coletiva ou individual, mas que não inviabilize o processo em curso, e não prestigie a repetição de ações referentes ao mesmo evento danoso, de sorte a não fragilizar as relações jurídicas, e assim proporcionar uma tutela jurisdicional adequada.

De *lege ferenda*, a matéria consta dos anteprojetos de Código de Processos Coletivos do IBDP e da Escola do Rio de Janeiro.

O anteprojeto da Escola do Largo de São Francisco pouco inovou, repetindo praticamente o que consta do artigo 104 do CDC, no artigo 6º do referido projeto.³⁶

36 Art. 6º. Relação entre demanda coletiva e ações individuais – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 12 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

§ 1º. Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

§ 2º. A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao

O anteprojeto da UERJ/UNESA inovou um pouco, implementando um sistema de exclusão similar ao *opt out* das *class actions* do direito norte-americano, no parágrafo 3º do artigo 22 e no artigo 32.³⁷ No PL 5139/09 tem previsão no artigo Art.37.³⁸ Porém, qualquer que seja o modelo de vinculação de demandas coletivas adotado, o princípio da ampla divulgação dessas ações se torna indispensável para que a tutela dos interesses transindividuais se torne efetivamente viável.

O problema das ações individuais em curso que tratam de questões repetidas vem também sendo alvo da atenção do legislador nas últimas reformas do CPC, pelo diagnóstico de representar um dos principais problemas da efetividade da jurisdição.

autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

§3º. O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou, após instaurar o, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos individuais referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

§ 4º. Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual.

37 Art. 22. Coisa julgada - Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

Art. 32. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

§ 1º. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

38 O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Nesse contexto, a força da jurisprudência ganha espaço com a instituição de mecanismos destinados a obstruir o prosseguimento de processos que tratam de teses jurídicas já consolidadas, tais como a sentença liminar de improcedência, prevista no artigo 285-A do CPC, e a denominada súmula impeditiva de recurso regulada pelo artigo 518, § 1º do CPC.

Nessa linha, foram criados os incidentes de resolução de causas repetitivas, primeiramente, no âmbito recursal, como já indicado, e agora a intenção é atingir também os processos que tramitam na primeira instância.

A proposta inicial de sistematizar as demandas repetitivas com um incidente ocorreu com a criação dos juzados especiais para as causas de competência da Justiça Federal pela Lei nº 10.259/01, que no artigo 14 prevê a possibilidade de se formular pedido de uniformização para Turmas de Uniformização, ou até mesmo para o STJ, em casos de decisões divergentes no âmbito deste microsistema. Se ocorrer a formulação de pedidos em processos que versem sobre a mesma tese, poderá ocorrer o sobrestamento dos mesmos, com a seleção de um recurso piloto para o julgamento. O resultado desse julgamento irá influenciar os demais recursos que estavam sobrestados.

Seguindo essa tendência, o legislador, no intuito de diminuir a quantidade de recursos perante o STF, apresentou outras regras por meio da Lei 11.418/06.

Além de criar a figura da repercussão geral (artigo 102, § 3º da Constituição Federal), como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, prevê o artigo 543-B, § 1º do CPC³⁹ que o tribunal de origem, caso haja recursos extraordinários veiculando matérias que considerar idênticas, deverá remeter um dos recursos que será representativo ao STF e sobrestará os demais até o julgamento definitivo. O § 2º do mesmo dispositivo aponta que o julgamento do recurso representativo vinculará o resultado dos recursos sobrestados, dispondo que, “negada a existência da repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”.

O artigo 543-B, em seus parágrafos 3º e 4º, corrobora a proposta de vinculação das decisões em sede de recurso extraordinário, dispondo,

39 Este dispositivo foi inserido pela Lei nº 11.418/06 que regulamentou o artigo 102, § 3º da Constituição inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04.

inclusive, que o STF “poderá, nos termos do regimento interno, cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada”, o que nos parece, também, de constitucionalidade duvidosa.

Seguindo a linha do procedimento do recurso extraordinário em matérias repetitivas criado, como já apontado, pela Lei nº 11.418/06, o legislador estendeu esse modelo para o processamento do recurso especial.

A Lei nº 11.672/08 efetuou a inserção do artigo 543-C no CPC no intuito de otimizar a atividade judicante no STJ, referente à avaliação de recursos especiais que versam sobre a mesma tese jurídica.

O *caput* do referido dispositivo diz que o tribunal de origem, ao verificar que foram interpostos vários recursos especiais tratando de matérias idênticas, deverá selecionar um ou alguns destes recursos para o julgamento por amostragem.⁴⁰

Neste procedimento, deverá ser encaminhado pelo menos um recurso, que será considerado o recurso piloto, e se o tribunal de origem não proceder à seleção dos recursos especiais mais repetitivos, poderá o relator do recurso especial determinar a suspensão dos processos em segunda instância em que a controvérsia está instaurada, conforme o disposto no § 1º do artigo 543-C. Neste aspecto, aponta o § 2º do mesmo artigo que deve ser observado se há jurisprudência dominante sobre a referida controvérsia, ou se está afeta ao colegiado.

Da mesma forma que o procedimento de recurso extraordinário repetitivo, o § 4º do artigo 543-C aponta que no recurso especial processado dessa forma será admitida a manifestação de *amicus curiae*, para auxiliar a formação do convencimento do órgão julgador sobre a tese jurídica, indicando a tendência de maior participação na formação dos precedentes nos tribunais.⁴¹ Poderá, ainda, o relator do recurso especial selecionado solicitar informações aos tribunais de segunda instância sobre as divergências a respeito da tese veiculada no recurso, no intuito de embasar sua convicção.

A participação do Ministério Público é imprescindível, conforme o disposto no § 5º do artigo 543-C do CPC, haja vista que o processamento dos recursos nesse formato contém manifesto interesse público, pois irá

40 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. Bahia: Jus Podium. 2009, p. 319.

41 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e ação Rescisória*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 306.

repercutir em todas as causas de matérias semelhantes, cujos recursos ficaram retidos nos tribunais de origem.

Uma vez julgados os recursos selecionados, aqueles cujo processamento ficou sobrestado na origem terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ou serão novamente examinados pelo tribunal *a quo*, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação daquele tribunal, de acordo com o disposto no § 7º do artigo 543-C do CPC.

No intuito de regulamentar este procedimento, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 8, em 07/08/08, indicando que, no caso de haver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, o Presidente do tribunal de origem deverá, ao admitir os recursos selecionados, suspender o processamento dos demais até o julgamento pelo STJ.

A referida resolução aponta um critério para se efetuar a seleção, dispondo que o agrupamento de recursos repetitivos deve levar em conta a questão central de mérito, sempre que seu exame for prejudicial à verificação de outras questões veiculadas nos recursos especiais.

Verifica-se com este modelo de processamento de recurso uma tendência mais incisiva de uniformização de julgados, no intuito de evitar discrepâncias nos julgamentos sobre teses jurídicas semelhantes, idealizando maior segurança nas relações jurídicas.

A intenção de privilegiar os posicionamentos dominantes dos tribunais para uniformizar os entendimentos e evitar julgamentos pulverizados, e por consequência, multiplicidades de processos, é salutar. Porém, alguns questionamentos surgem sobre pontos sensíveis desse formato de tutela dos direitos, que conforme foi dito, segue nítido caráter publicista: A forma de se tratar esse tema está sendo coerente? O procedimento adotado permite o julgamento das causas de modo isonômico? A técnica empregada para a seleção das causas piloto é correto? Sob o ponto de vista pragmático, a seleção dos processos está respeitando efetivamente as características da controvérsia? Caso o jurisdicionado tenha o seu processo indevidamente sobrestado, pois sua causa tem especificidades, existe uma forma eficiente para se insurgir? E a oxigenação da tese jurídica, é permitida? A legitimação do julgado pela participação efetiva está sendo respeitada?

Essas são algumas indagações que devem ser feitas em relação a adoção desse sistema, para que se possa corrigir eventuais impropriedades, de sorte a não limitar o acesso à justiça, já que o ordenamento vem seguindo cada vez mais essa tendência, com a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas para a primeira instância, que passaremos a analisar, primeiramente com uma breve abordagem do modelo que o inspirou no direito processual alemão.

5) O INCIDENTE DE COLETIVIZAÇÃO NO DIREITO ALEMÃO

Ao assumir a presidência da comissão destinada a elaboração do Novo Código de Processo Civil, Luiz Fux destacou a necessidade do novo Código coletivizar a prestação da Justiça, considerando que, na época da elaboração do atual Código, 1973, a maioria das demandas eram individuais, enquanto hoje existem na Justiça inúmeras demandas coletivas, e afirmou que, “se uma única sentença der uma resposta judicial a todos os jurisdicionados num determinado assunto, conseguiremos acelerar bastante o andamento dos processos. Isso já existe em leis esparsas, mas não no atual CPC. A regra que pretendemos adotar é a da legitimação coletiva”.⁴²

A referida comissão sustenta ser extremamente importante para tornar efetiva a tutela dos interesses coletivos, e evitar a pulverização de processos individuais, a criação do incidente de coletivização, conforme se vislumbra no direito alemão.⁴³

A doutrina indica vários problemas teóricos e práticos que são observados nos procedimentos de tutela coletiva denominados representativos, com o formato de legitimação extraordinária, fazendo alguns ordenamentos jurídicos ao redor do mundo buscarem inspiração nas denominadas ações de grupo, procedimentos de resolução coletiva, evitando, dentro do possível, representações fictícias.

Nesse contexto, identificam-se algumas propostas já implementadas no direito comparado. Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre litigantes individuais. É o que vem sendo denominado de incidente coletivo dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especi-

42 Notícias do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 16 out. 2009.

43 CABRAL, Antônio do Passo. “O novo Procedimento – Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: Uma alternativa às ações coletivas”. *Leituras Complementares de Processo Civil*. Org. Fredie Didier Junior. Bahia: Jus Podium. 2009, p. 31.

ficidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma não parte substituída.

Assim, a cognição judicial neste incidente é cindida, sendo apreciadas apenas questões comuns a todos os casos similares, deixando para um procedimento complementar a decisão de cada caso concreto. No incidente coletivo é resolvida parte das questões que embasam a pretensão, complementando a atividade cognitiva no posterior procedimento aditivo. A efetividade do incidente coletivo é proporcional, portanto, a possibilidade de que as questões nele decididas sejam fundamentos de muitas pretensões similares, e que tais questões possam ser resolvidas coletiva e uniformemente para todas as demandas individuais.

Esta ideia de resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos em que se discutam pretensões isomórficas evita problemas de mecanismos representativos de tutela coletiva como a legitimidade extraordinária e as ficções de extensão da coisa julgada.⁴⁴

Uma das soluções possíveis adotadas em outros países é das chamadas “causas piloto” ou “processos-teste”, uma ou algumas causas com similitude na sua tipicidade são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais. Assim ocorre na Inglaterra, por força da *Parts* 19.13 (b) e 19.15 das *Civil Procedure Rules*, e também encontra paralelo nos ordenamentos austríacos e espanhol. No Brasil, conforme apontado acima, foram acrescentados os artigos 543-B e 543-C no CPC para regular o processamento de recursos piloto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em recursos excepcionais com matérias idênticas.

Identifica-se neste procedimento no direito alemão o embrião do incidente de resolução de demandas repetitivas, porém, conforme será abordado, existem várias diferenças com o modelo adotado pelo legislador brasileiro.

6) O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PLS Nº 166/10

O modelo representativo de tutela coletiva pode ser considerado um poderoso instrumento destinado a melhorar alguns pontos de crise da justiça, especialmente os referentes ao excesso de demandas individuais repetitivas, mas, em alguns casos, torna-se ineficiente, principalmente, em relação às demandas individuais de massa já em curso.

44 Idem, p. 34.

Por esse motivo, vem se identificando um esforço na comunidade jurídica para tentar encontrar soluções para esse ponto de estrangulamento, que conduz, em certa medida, a resultados insatisfatórios.

Nesse particular, o sistema de causas piloto vem sendo testado, e no Brasil os métodos experimentados foram dirigidos aos recursos excepcionais, com as inovações implementadas no Código de Processo Civil pelas Leis nºs 11.418/06 e 11.672/08, conforme indicado na seção 4 deste ensaio.

O Projeto de Lei do Senado nº 166/10, que traz o conteúdo do Novo Código de Processo Civil, em trâmite naquela casa legislativa, tem como uma das principais bandeiras proporcionar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional, e para isso, aposta na resolução de conflitos por intermédio de causas paradigmas com o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O incidente em tela tem previsão no texto do referido projeto nos artigos 895 a 906 e, se aprovado, passa a ser uma alternativa às ações coletivas para a resolução das demandas de massa, inspirado no incidente de coletivização do direito processual alemão.

Nessa proposta, é possível direcionar o pedido de instauração do incidente ao Presidente do Tribunal, mediante requerimento das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou, de ofício, pelo juiz ou relator, para a resolução de demandas repetitivas.

Como requisito para se admitir a instauração do procedimento, o art. 895 do PLS nº 166/10 dispõe que deve haver potencial efeito multiplicador de processos com fundamento em idêntica questão de direito, bem como a possibilidade de causar grave insegurança jurídica em decorrência do risco de coexistência de decisões conflitantes.

Observa-se que a intenção do legislador é evitar que demandas que versem sobre idêntica tese jurídica fiquem sendo tratadas de modo pulverizado, com a canalização da cognição para um órgão específico.

Conforme se verifica no disposto do artigo 898 do projeto em exame, a competência para a avaliação da admissibilidade e para o julgamento seria do plenário do tribunal ou do órgão especial do Tribunal, e assim, a cognição sai da esfera da primeira instância, o que pode gerar alguns problemas práticos, *porque se dispensam prévios juízos de primeiro grau, desejáveis para que a questão de direito seja examinada de diferentes ângulos* e, ainda, em razão da possível ausência de

habilidade dos juízes do plenário ou do órgão especial com a matéria objeto do julgamento, já que são mais afetas as especificidades da primeira instância.

O projeto prevê a participação do Ministério Público na avaliação da admissibilidade do incidente, conforme o disposto no art. 895, § 2º, e ainda que se observe a ampla divulgação e publicidade do incidente por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 896), com o intuito de permitir que órgãos de primeira instância observem o incidente com a determinação de suspensão dos processos que tratam da mesma matéria, e ainda permitir a participação de interessados.

Ao admitir o incidente, *o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição, e, conforme a regra do artigo 900 do PLS nº 166/10, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso de grau extraordinário a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente. Em seguida, as partes serão ouvidas e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na lide, tudo em conformidade com o artigo 901 do referido projeto*

Essa possibilidade de participação de pessoas interessadas na causa é salutar, pois conduz a um debate que tende a proporcionar melhor amadurecimento ao julgamento, pelos argumentos que podem ser trazidos para influenciar na análise.

É imprescindível que essa participação seja fomentada para legitimar a decisão proferida nesse incidente, uma vez que irá atingir um número muito considerável de causas, o que pode, se não se tomar esse cuidado, representar arbitrariedade.

Assim, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas tem que ser legitimada pela participação efetiva dos litigantes e de interessados, e fundamentada de modo que se legitime pelo convencimento e não pela autoridade.

Com o término do julgamento do incidente, a tese jurídica alcançada e que consta no conteúdo do acórdão deve ser aplicada aos processos que versem sobre a mesma questão de direito, de acordo com o disposto no artigo 903 do PLS nº 166/10.

Alguns problemas são identificados nessa proposta, e neste breve ensaio servem apenas como deflagradores para reflexões, mesmo por

que as regras constam como proposições em projeto de lei que tramita no Senado Federal.

As inferências são efetuadas diante de modelos similares que já se encontram em uso, que podem servir de balizadores para algumas conclusões.

Um dos pontos observados geradores de preocupação diz respeito à ampliação cada vez maior dos poderes do Estado na atividade jurisdicional, mesmo em demandas de cunho plenamente particular, que vem conduzindo a inúmeras arbitrariedades nos julgamentos.

As decisões, nesta esteira, estão cada vez mais destituídas de fundamentos, o que leva ao total descrédito do jurisdicionado, sendo legitimada pela autoridade e não pela aceitação.

Se nas demandas individuais este fato é observado, como será no julgamento de um incidente que terá uma repercussão de grande magnitude?

Em segundo lugar, o sistema apresenta filtros sobrepostos que dificultam o jurisdicionado de recorrer da decisão, ou mesmo alegar que a causa selecionada para o julgamento no incidente é diversa da tese que veicula na sua ação, gerando um obstáculo ao pleno acesso à justiça.

Além disso, a oxigenação da tese fica comprometida, com a dificuldade que o sistema impõe neste particular, com o emprego cada vez mais contundente das súmulas dos tribunais.

Parece que este modelo de resolução de conflitos por causas piloto resolve mais o problema do Poder Judiciário do que do jurisdicionado, pois tende a eliminar processos sem, contudo, eliminar o conflito.

Pensamos que todo esse instrumental pode contribuir para a efetivação da prestação jurisdicional, mas deve ser amadurecido em vários pontos, e principalmente colocar o maior interessado neste resultado com possibilidade de participação.

7) SÍNTESE CONCLUSIVA

Após as considerações esposadas neste ensaio, chega-se a algumas conclusões sobre o tratamento dado às demandas individuais de massa no ordenamento processual brasileiro, que segue a tendência de outros países que adotam o modelo *civil law*.

Inicialmente, constata-se que o Brasil vem direcionando a atividade jurisdicional cada vez mais com um caráter publicista, ampliando sensivel-

mente os poderes dos órgãos jurisdicionais na condução dos processos, o que, de certa forma pode levar ao autoritarismo do Poder Judiciário.

Para que isso não aconteça, é salutar que se fomente a participação dos interessados na formação da decisão judicial, e legitimar o julgamento pelo convencimento e não pela autoridade.

Na solução dos litígios individuais de massa, o modelo representativo se mostra necessário, mas deve ser aprimorado, principalmente, com a observância do princípio da ampla divulgação das ações coletivas, como já existe de forma tímida com a criação de alguns cadastros, e ainda a criação de sistemas de vinculação adequados, como *opt out*, de sorte a impedir que demandas individuais pulverizadas continuem a tramitar sem controle.

Em relação às ações individuais de massa já em curso, a resolução por causa piloto, se mostram eficientes em outros países. No Brasil já vem surtindo alguns efeitos, como nos julgamentos dos recursos excepcionais repetitivos, porém, a realidade brasileira é diferente, haja vista o índice de litigiosidade identificado no âmbito do Poder Judiciário.

A participação nesses procedimentos também é indispensável para legitimá-los.

O incidente de coletivização de demandas repetitivas previsto no PLS nº 166/10 pode trazer benefícios para a prestação jurisdicional mais eficiente, sob o ponto de vista da isonomia e da otimização das demandas. Contudo, deverá ser amadurecido, tendo em vista que, nos dispositivos da proposta, encontram-se várias lacunas, que se não forem acomodadas, certamente provocarão arbitrariedades, tais como a possibilidade de requerer a exclusão em virtude das peculiaridades da causa, e a efetiva participação dos interessados.

O que se sugere, neste breve ensaio, é o amadurecimento de questões importantes sobre a solução de demandas de massa, para que as garantias do devido processo conquistadas com grande sacrifício pela sociedade não sejam maculadas sob a bandeira de se proporcionar eficiência na prestação jurisdicional.

Algumas posturas do Estado, não só do Poder Judiciário, mas também do próprio legislador, nos leva a concluir que modificações vêm sendo implementadas para resolver o problema do excesso de processos, sem se preocupar com a solução efetiva dos conflitos, na medida em que

o principal interessado tem dificuldades de participar, provocar discussões e influenciar no julgamento da causa.

Essas são principais considerações sobre o tema proposto, e conforme foi dito, o objetivo é provocar reflexões a respeito da resolução de causas repetitivas pelos instrumentos que estão ganhando espaço no ordenamento brasileiro, para que se possa contribuir para o seu aperfeiçoamento.❖

Aspectos da Reforma do Judiciário

Marcus Faver

*Desembargador do TJ/RJ. Presidente do Colégio
Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça
do Brasil*

I) INTRODUÇÃO

O insigne Consultor Econômico da C.N.C. e ex-ministro da Fazenda Ernane Galveas, em preciosos estudos, embora reconhecendo que a economia brasileira está inserida num ciclo de expansão, com crescimento de 7% do PIB em 2010 e em torno de 4% a 5% nos anos vindouros, vem enfatizando que ela está envolta em sérios problemas que, se não enfrentados de forma adequada, a médio prazo, podem se transformar em complicada crise (Carta Mensal nº666, Set. 2010).

Como causa primária desses desajustes, aponta a “pesadíssima carga tributária imposta a Nação para satisfazer as necessidades crescentes do Estado, excessivo em suas dimensões, ineficiente em suas ações, burocrático, perdulário e, porque não, aberto à corrupção.”

Acentua o ilustre consultor que o ciclo positivo da nossa economia pode ser obstaculizado em razão de uma incerta política fiscal deficitária pela política cambial deficiente (com o real sobrevalorizado) e pela inexplicável elevação da taxa de juros.

Acrescenta, ainda, comungando com outros analistas econômicos, que o aumento das despesas de custeio e a negligência nos investimentos em serviços públicos e nas obras de infraestrutura podem anular as vantagens da produção brasileira, prejudicando de forma significativa o nosso desenvolvimento econômico.

Todos esses obstáculos, formam o que comumente, em economia, se denomina de “custo Brasil”.

Nas pesquisas que realizei em diversos estudos econômicos, não encontrei qualquer referência ou mensuração ao que chamo de “custo judicial”, qual seja, o peso que o não funcionamento adequado do Judiciário provoca nas empresas, nos investimentos, na sociedade, na economia geral do país.

Com todas as vênias possíveis, penso que tal fator não deva ser desconsiderado.

Proclamo de longa data que as decisões judiciais devem ter três vertentes fundamentais:

- a) serem proferidas em tempo razoável (art.5º LXXVIII);
- b) serem prolatadas em forma tecnicamente correta;
- c) serem eticamente justas.

Parece óbvio que, particularmente, quando os dois primeiros vetores não são atendidos, há um considerável “prejuízo” a ser avaliado de conformidade com os reflexos diretos e indiretos que provocam na sociedade e na economia.

A demora na prestação jurisdicional, a insegurança jurídica decorrente de decisões tecnicamente imperfeitas e as decisões injustas estão a gerar pesados ônus econômicos e sociais que comprometem, ao lado de outros fatores já apontados, a alavancagem da economia brasileira e a adoção de uma postura mais republicana por parte da sociedade com comportamentos eticamente mais elevados.

O que pretendo abordar singelamente neste trabalho é como superar tais óbices dentro do contexto social e institucional em que nos situamos.

Parece fora de dúvida que, a partir da Constituição de 1988, o judiciário brasileiro passou a ocupar lugar central no cenário político nacional. Em decorrência de uma revitalização do conceito de cidadania, de uma maior conscientização das pessoas a respeito de seus direitos e ante a notória deficiência dos serviços públicos, uma avalanche de demandas vem sendo apresentada, judicializando relações políticas, econômicas e sociais, com postulações de toda ordem.

Fomenta-se, ao que tudo indica, uma equivocada cultura de que todas as questões podem ou devem ser resolvidas pelo Judiciário.

Praticamente tudo o que ocorre hoje no país enseja a propositura de ações judiciais (transportes, meio ambiente, relações de consumo, privatizações, questões indígenas, saúde, planos econômicos, previdência, políticas públicas, locação, contratos, direitos autorais etc., sem se falar nas tradicionais questões cíveis, orfanológicas, penais, comerciais).

O judiciário é, na verdade, em tais condições, chamado a resolver questões cuja realidade não conhece inteiramente, ou muito precaria-

mente, daí a necessidade imperiosa de um contínuo e permanente processo de formação, de qualificação e de aperfeiçoamento do magistrado, que está, além do mais, lançado numa sociedade em crise e inserido numa instituição também em crise.

II) A CRISE NA SOCIEDADE BRASILEIRA

1 - A caracterização da crise

Crise é sintoma de patologia social. Caracteriza-se por uma situação que ameaça formas comportamentais e culturais, consistindo, como afirma WHITAKER DA CUNHA¹, em conjuntura que abala padrões de conduta, não os substituindo por padrões novos, como geralmente deveria ocorrer.

Ela é fenômeno de perturbação, de desequilíbrio em um, em vários ou em todos os segmentos da sociedade.

A “crise social”, já se disse, é síntese do desajustamento espiritual dos tempos atuais. É crise de conteúdo, que transcende o aspecto meramente formal do problema. É por isso que alertou FULTON SHEEN² “não poderá haver paz no mundo, se não houver paz da alma”.

Conforme ensina ainda WHITAKER DA CUNHA, “com a queda do índice de provisão da espiritualidade, entrou em crise a própria Cultura (substância da vida histórica destinada a atingir e preservar a liberdade), da qual o Direito e o Estado são das mais importantes manifestações”.

Por isso se diz que a “crise social” é uma crise de cultura, de valores, isto é, do próprio homem em sua trajetória histórica.

Sem dúvida, o Brasil vive hoje, pelos motivos mais diversos, uma enorme “crise social” com componentes de toda ordem, incrementada por um processo de transição política ou de afirmação democrática e que pode ser chamada genericamente de “crise política brasileira”, centrada na proclamação coerente de que é necessário mudar as estruturas sociais e no reconhecimento de fatores que embargam essas mudanças e na qual a lentidão do processo apenas a exacerba, sem, no entanto, resolvê-la.

2 - A crise do Direito

Inserida na crise social e na crise política, encontramos a “crise do direito” que, ressalte-se, não se confunde com a crise de Justiça, nem tão pouco, com a crise *da* Justiça.

¹ Fernando Whitaker da Cunha – *Revista da A.M.B.*, v. 4.

² Fulton Sheen – *Angústia e Paz* – Agir.

É necessário destacar, desde logo, que a ideia de Justiça, embora associada frequentemente ao conceito de Direito, é inteiramente autônoma dele.

A Justiça tem vida própria, de conteúdo filosófico e de valor sócio-cultural. Muito comumente é tratada de maneira diversa e até paralela ao Direito. Algumas vezes chega a ser considerada coisa oposta. De fato, como afirmava MIRANDA ROSA³ – “situações há em que se opõe a ideia de Justiça à norma de Direito formalmente enunciada”.

Esse fenômeno, evidentemente, faz surgir alguns problemas e entre eles a denominada “crise do Direito” ou “da eficácia do Direito”.

O direito estará em crise quando do seu afastamento da realidade social; pela ruptura da “coerência” que nesse aspecto deve manter; pela decadência do seu conteúdo ético, que o conduz à sua finalidade de realização da Justiça, conceito cultural – histórico; pela má elaboração e execução das leis e, por ocasiões, pela sua aplicação.

O chamado “marginalismo jurídico”, se caracteriza ainda pela falta de sintonia com a realidade social, que o direito imperfeitamente procura refletir e pelo seu caráter esotérico, com pertinência ao seu desconhecimento pelas massas que nele não veem um conteúdo humanístico, nem o “catecismo” de que falava Bentham, e a posição de vanguarda de alguns institutos para os quais o povo ainda não amadureceu conscienciosamente. Resulta disso tudo que o Direito pode se encontrar em dissonância com o meio social, não só por estar aquém, como além dele, repercutindo essas alternativas no Estado.

Entendido que o Estado é essencialmente, “a Nação juridicamente organizada” e não apenas a nação “politicamente organizada” como se dizia nos antigos manuais, e que a questão fundamental dos dias atuais é a configuração de uma estruturação jurídica adequada às realidades nacionais, e que na sua consecução assegure o tão esperado Estado de Direito Democrático, (art. 1º da C.F.) é fácil compreender que o Brasil viva hoje uma acentuada “crise de direito”, a partir dos ordenamentos superiores, que, reconhecidamente, não correspondem às suas realidades sociais.

Por isso, se diz que a crise da sociedade, a crise política e a crise do direito são também, em decorrência, crises do Estado.

Nesse sentido, já advertia Fulvio Tessitore “(...) *la crisi del parlamentarismo non é solo la crisi del Parlamento, ma é insiem la crisi dello Stato e della Società*”.

³ Miranda Rosa, F.A. de – Poder, Direito e Sociedade – Zahar.

Relembremos que essa crise do direito torna-se até dramática quando situada no plano da eficácia das leis. Na verdade, quando os princípios declarados (implícita ou explicitamente) nas normas legais, e correspondentes quase sempre a ideias liberais e justas, são confrontados com as práticas cotidianas, a perplexidade e o choque social são enormes.

É necessário acentuar, ainda que óbvio, que a lei nasce, na verdade, para ter eficácia real, ou seja, para atender e atingir os fins sociais para os quais ela foi editada. Se, no entanto, ao ser aplicada, o conteúdo da motivação ou do texto legal deixa de ser consagrado ou é até contraposto pelas práticas sociais, a lei será ineficaz, na medida e na proporção dessa discrepância, provocando uma verdadeira e lamentável crise *do* direito.

Dentro desse raciocínio, o preciso artigo do saudoso Senador e Governador FRANCO MONTORO⁴ que, em pensamento atualizado, afirmava:

“Talvez em nenhuma época, como hoje, o estudo e a prática do Direito tenham se identificado tanto com a própria defesa da civilização e dos valores humanos. Em qualquer das modalidades de sua atuação, como professor, juiz, promotor, advogado, consultor, administrador ou legislador, cabe ao jurista trabalhar permanentemente para assegurar a cada homem o respeito que lhe é devido: *“Suun cuique tribuere”*. E defender, assim, aquela realidade fundamental que é a fonte das fontes do Direito: a pessoa humana.

Ao lado dos profissionais da administração, da economia ou da cibernética, os homens do Direito têm a missão insubstituível de fazer com que o desenvolvimento da sociedade se processe em termos de Justiça, isto é, que se assegure a cada homem e a todos os homens o respeito aos direitos que lhes são devidos. Por isso, a Nação entrega às Faculdades de Direito a tarefa humanizadora, essencial ao desenvolvimento, de formar cidadãos que serão, na vida nacional, os lutadores permanentes da Justiça e da liberdade.

O Direito pode ser considerado sob duas perspectivas diferentes: como elemento de conservação das estruturas sociais ou como instrumento de promoção das transformações institucionais da sociedade.

É natural que, em países plenamente desenvolvidos, estabilizados e organizados, prevaleça a função conservadora do Direito. Mas, nos países em desenvolvimento e transformação, o erro dessa posição é patente. Fazer do Direito uma força conservadora é perpetuar o subdesenvolvimento e o atraso.

⁴ Franco Montoro, André – *Jornal do Brasil*, 25/08/87.

Para fundamentar a missão renovadora e dinâmica do Direito em uma sociedade em mudança, é preciso afirmar, na sua plenitude, o valor fundamental que dá ao Direito seu sentido e dignidade: a Justiça. Não se trata de um conceito novo, mas permanente, que deve ser reafirmado e efetivamente aplicado, se quisermos dar ao Direito sua destinação histórica, que é a de ordenar a convivência e o desenvolvimento dos povos.

Nos textos clássicos de Aristóteles, Ulpiano, Cícero, Santo Tomás e outros, encontramos formulada a doutrina básica da Justiça, mas adaptada a uma realidade profundamente diferente da atual. Encontram-se aí as sementes para a elaboração do pensamento jurídico-filosófico que precisa ser desenvolvido e aplicado às novas condições da sociedade e ao Direito moderno.

A esse respeito dois erros precisam ser evitados. Primeiro, a simples repetição daquele pensamento, como se o mundo não houvesse mudado. Segundo, a rejeição pura e simples dessa doutrina, como se a mudança das condições sociais destruísse as exigências fundamentais do respeito à pessoa humana.

Não se trata de contrapor a realidade ao modelo idealista e absoluto que fica lá longe numa caverna platônica. É na planície em que vivemos, no processo histórico social entre a liberdade e a opressão, minorias dominadoras e majorias sacrificadas, que se há de exercer, com espírito crítico e independente, a tarefa de construção dos homens do Direito.

Nessa luta pela vigência concreta e viva da Justiça é que se realiza a razão de ser do Direito. Não podemos limitar o estudo do Direito ao conhecimento pretensamente neutro, puro e objetivo da norma posta, para sua cega aplicação.

A realidade social e a Justiça estão presentes em todos os momentos da vida do Direito. Aceitar as normas jurídicas como inexorável imposição dos detentores do poder e negar ao jurista outra tarefa que não seja a de executor mecânico das mesmas significa desnaturar o Direito e, mais do que isto, traí-lo.

É certo que forças poderosas atuam continuamente com habilidade e competência, no sentido de impor à sociedade normas que atendam aos seus interesses e objetivos. É certo também que vivemos em uma sociedade marcada pela injustiça. Mas essa situação em lugar de diminuir, só pode aumentar a importância e a responsabilidade dos cultores do Direito e, particularmente dos Juízes. Ela nos obriga a rejeitar, com maior

veemência, o papel que se pretende impor à Justiça: o de instrumento neutro, destinado à defesa de um sistema de interesses estabelecidos.

A resposta, que decorre da própria natureza do Direito – e está contida em um dos mandamentos do advogado, redigidos por Eduardo Couture – é clara e imperativa: “Teu dever é lutar pelo direito, mas, no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.” Como adverte Stammler: “Todo Direito deve ser uma tentativa de Direito justo.”

Aqui, a nosso sentir, o ponto nodal – O HOMEM – tão precisamente acentuado pelo professor Eduardo J. Couture⁵ em suas extraordinárias conferências na Universidade de Paris, na primavera de 1949.

“O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito é o homem.”

Após uma vida inteira dedicada à meditação sobre os pontos cruciantes da ciência jurídica, o Professor Couture que, para os uruguaios é o sumo pontífice do direito, fez agudas, permanentes e atualizadas observações sobre o direito.

Disse ele: “A Suprema Corte do Estados Unidos da América do Norte, em uma de suas máximas lapidares, disse que a “Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é.” Essa máxima contém o excesso de todas as teorias voluntaristas do direito. Não se lhe pode negar, contudo, profundo conteúdo de realidade vital. E se isso é assim, se o direito é “o que os juízes dizem que é”, como poderemos dispensar o juiz, como elemento necessário, na criação e produção do direito? Como poderemos separar a decisão do juiz de seus impulsos, de suas ambições, de suas paixões, de suas debilidades de homem? O direito pode criar um sistema perfeito, no tocante à justiça; mas se esse sistema for aplicado, em última instância, por homens, o direito valerá o que valham esses homens.

O juiz é uma partícula de substância humana que vive e se move dentro do processo. E se essa partícula de substância humana tem dignidade e hierarquia espiritual, o direito terá dignidade e hierarquia espiritual. Mas se o juiz, como homem, cede ante suas debilidades, o direito cederá em sua última e definitiva revelação.

Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e um momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens. O dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo.

5 Eduardo J. Couture – **Introdução ao Estudo do Processo Civil** – José Konfino – Editor.

O conteúdo humano, profundo e medular do direito não pode ser desatendido, nem desobedecido, e as sentenças valerão o que valham os homens que as profiram”.

A nosso ver, aqui está o ponto visceral de todas as reformas do Poder Judiciário. A formação do HOMEM – JUIZ garantidor da Constituição que ele jurou cumprir e defender ao assumir o cargo.

Para a análise pretendida, há ainda que se focar o que chamamos de crise *de* Justiça e crise *da* Justiça.

3- Crise *de* Justiça e Crise *da* Justiça. Aspectos e diferenças.

Embora, na verdade, possa ser entendido que “a crise brasileira” envolva um universo de crises (social, econômica, moral, cultural, política, etc.), procuramos no desenvolvimento deste modesto trabalho destacar, precipuamente, “a crise *de* Justiça”, de cunho sociológico, e a “crise *da* Justiça”, - esta última envolvendo os problemas inerentes ao Poder Judiciário e específicos dele.

Entretanto, para a exata compreensão do nosso raciocínio, é inicialmente necessário estabelecer-se o conceito de Justiça, numa visão mais específica, ainda que se reconheça que ao vocábulo se empreste comumente mais de um sentido.

De fato, tem-se que reconhecer que se acha profundamente entranhada na nossa cultura a confusão de duas ideias que se exprimem, na verdade, com a mesma palavra, mas que significam coisas diversas.

O vocábulo “Justiça” é entendido, ora em seu conceito filosófico, de valor evidentemente sociocultural, como virtude ou atributo de quem é justo, equânime, correto, ou, em outras ocasiões, como o conjunto de órgãos e instituições destinadas a interpretar e aplicar o Direito e a Lei, em caso da ocorrência de um litígio individual ou coletivo. Nesse último sentido, o conceito aproxima-se da concepção de jurisdição (*jurisdictio* = poder de dizer do direito), atribuição privativa do Poder Judiciário, ainda que englobando aí órgãos de outros Poderes do Estado ou, mais especificamente do Poder Executivo, como o Ministério da Justiça, a Polícia, o Ministério Público, a Procuradoria, a Defensoria etc..

Para que se possa analisar a “crise” nos dois segmentos, urge acentuar-se e estabelecer-se a diferenciação dos conceitos.

O vocábulo Justiça, ou como frequentemente é rotulado, como ideia de “sentimento de justiça” é, inegavelmente, de valor sociocultural.

“A Justiça é entendida como algo que se refere, repita-se, ao que é “justo” ou equânime, na vida social e que transcende os limites das formações sociais mais complexas e até foi surpreendida, viçosa e muito nítida, em formações de pequena complexidade, daquelas que, até há bem pouco tempo, antropólogos sociais classificavam de “primitivas”. Ou seja, a ideia de Justiça está presente lá onde não há que se falar em Direito positivo, nas sociedades pré-letradas, consideradas por esse motivo como pré-jurídicas, pelos que identificam o Direito como o Direito positivo”.

Toda a construção teórica sobre a ideia de Justiça e o conceito que a acompanha está, na verdade, de um modo ou de outro, ligada ao “princípio aristotélico”, no sentido de que a injustiça aparece quando são tratados desigualmente os iguais e igualmente os desiguais.

Tal ideia de Justiça, valor sociocultural, penetra tão fortemente na vida social e informa tão ampla e profundamente cada formação social concreta, que costuma ser confundida como uma espécie de sentimento humano, ou seja, um “sentimento de Justiça”. Com isso, adquire conotações quase naturais, biopsicológicas.

Observe-se, por outro lado, que o justo, ou a ideia de Justiça, envolve valores socialmente estabelecidos, nos quais evidentemente está presente a ideologia. O que é bom, o que é certo, o que é merecido, o que é justo, são construções desenvolvidas ao longo de todo um processo de formação, manutenção e modificação da superestrutura ideológica de cada formação social concreta.

Pode-se assim afirmar, com MIRANDA ROSA, que, seguindo essa linha de raciocínio, justo será aquilo definido como tal, como produto ideológico (a que os valores sociais e culturais aderem sempre) de uma formação social concreta, com uma definida especificidade temporal e espacial.

Dentro desse enfoque, estamos convencidos de que a sociedade brasileira sofre uma profunda crise *de* Justiça, porque os valores de sua estruturação ético-sociocultural e os limites estabelecidos formalmente em sua organização jurídico-política são constantemente postergados e violentados, afetando gravemente a chamada Expressão Psicossocial do Poder.

Os “desvios de poder”, praticados principalmente pelo Estado, porque ele é o ente que, na verdade, detém o poder, (englobando-se aí os Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário) e pelo seu sistema burocrático, causam um acentuado inconformismo, grave ceticismo e, às vezes, uma grande revolta nos diversos segmentos da sociedade.

Como disse Roberto da Matta em recente artigo (O Globo de 17/11/2010), “o poder é muito mais um instrumento capital para retribuir favores e não para melhorar o mundo.”

Esses “desvios de poder”, atingem, de forma enormemente depreciativa a sociedade brasileira. Fatores como a educação, a cultura, a segurança individual, o trabalho, o caráter, o moral nacional e, consequentemente, a vontade nacional, são atingidos visceralmente.

Duas formas desses desvios podem ser destacados pelos perniciosos, profundos e nefastos reflexos psicológicos que provocam na sociedade brasileira: a arbitrariedade e a corrupção.

A arbitrariedade consiste no exercício do poder, sem observância dos limites expressos pelas normas jurídicas que regulam a atuação dos agentes do Estado em qualquer de suas funções. É o desvio em que o administrador ou o agente da administração pública excede a permissão legal, ou seja, os limites de sua competência legal. Ela é cometida, via de regra, para gratificação do próprio agente, para atender a reclamos de sua vaidade ou personalidade, para prejudicar ou favorecer alguém que conte ou não com a sua simpatia ou então com fins políticos, partidários, protecionistas, ou ainda para obter vantagens pessoais de qualquer tipo e até para a realização de fins administrativos escusos.

A corrupção, em seu sentido mais abrangente (e não apenas na definição estreita do delito capitulado no art. 333 do Cód. Penal) se caracteriza pelo uso corrupto, viciado, desvirtuado, subornado do poder e, em geral, apresenta-se disfarçada ou simulada, acobertada por atos aparentemente corretos e legítimos.

As nomeações de funcionários públicos ao arripio da lei; o favorecimento de amigos e familiares dos governantes com cargos e dinheiros públicos; o nepotismo; as diversas formas de tortura; as demissões por “critérios” políticos; os simulacros processuais; as apurações e investigações aparentes; as conclusões de inquérito que encobrem as verdades; o enriquecimento particular às custas das poupanças alheias; os rombos previdenciários; os desfalques; o caixa 2; “os sanguessugas; os dólares na cueca”, as fraudes no Correios; as concorrências fraudulentas; as “caixinhas”; as comissões ocultas; os *jetons* ilícitos; os processos que não andam; as decisões judiciais demoradas; os funcionários-fantasmas; os dribles fiscais; a violência policial, as milícias etc. são exemplos dessas formas de “desvio de poder” que caracterizam e agravam a crise “de” Justiça.

Essas deformações, aliadas a uma falta de cultura global, constituem fermento para as manifestações comportamentais desregradas, ilícitas e imorais.

Se “toda sociedade cria um conjunto de regras de conduta que, extravasando o estritamente jurídico, são consideradas válidas e socialmente prestigiadas, constituindo o universo da moral predominante”, se essas regras são consideradas variáveis psicossociais da maior relevância e se essas regras e esses padrões de conduta são constantemente violados, estamos diante de um processo de profunda deformação social de consequências imprevisíveis.

A crise *de* Justiça atinge assim não só o ordenamento jurídico, as instituições (e delas é também uma consequência), conforme já se disse, como também alcança outros fatores do Poder, tais como o caráter e o moral nacionais, tornando cada vez mais difícil a adoção de princípios republicanos e consecução eletiva da Democracia, pois, como afirmou PEDRO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO⁶, em acurado trabalho, “uma sociedade não será democrática se não praticar a Democracia ou não escolher os princípios democráticos – no dia-a-dia de suas diversas instituições e nos diferentes agrupamentos sociais”.

Se é verdade que a grande aspiração individual do Homem é o encontro de sua felicidade pessoal, parece-nos não menos verdadeiro que o sucedâneo social dessa felicidade não é senão a conquista da Justiça, em seu sentido global.

Ressalte-se aqui a necessidade do entrelaçamento da Política com o Direito, ou seja, da comunidade com a personalidade, pontos extremos e autônomos da corrente social.

Na verdade, o problema da política, isto é, da vida em comum, na “polis”, não pode ser dissociado do problema do direito, isto é, da vida pessoal no plano do “jus”.

Não se pode dissociar o “ser individual” do “ser social”, uma vez que o individual e o social se coimplicam dialeticamente. A Política visa diretamente ao *bem comum* e indiretamente ao *bem próprio*. O Direito visa diretamente ao *bem próprio* e indiretamente ao *bem comum*. Daí a importância essencial da harmonia entre Política e Direito.

A resposta das Democracias ao dilema liberdade-igualdade, tem sido a da igualdade de oportunidades sociais e isso só é possível numa sociedade estruturalmente justa.

⁶ Pedro de Oliveira Figueiredo – Rev. E.S.G. – v. II.

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem estatui que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade”... e esse postulado ético, reconhecendo que há uma dignidade intrínseca a todo homem, pelo simples fato de ser Homem, só pode ser cumprida numa sociedade, em que a Justiça, globalmente enfocada, respeitando as diferenças individuais, assegura ao homem a sua liberdade e a igualdade de suas oportunidades nos diferentes escalões da organização social.

De tudo isso, conclui-se que o não atendimento aos postulados da Justiça, no sentido sociológico aqui empregado, constitui um óbice poderoso não só à passagem, sem maior ruptura por um chamado processo lento e seguro de transição, como à consecução efetiva da Democracia, cumprindo à Nação exigir de seus representantes, em todos os segmentos, principalmente de seus juízes, o respeito e o atendimento às regras éticas, entranhadas e maturadas nas lídimas aspirações nacionais. É necessário o resgate da credibilidade, pois o clima de “facilidades” e de frouxa exigência moral que grassa no país, na cumplicidade dos poderes, estimula o que o jornalista VILLAS - BOAS CORREA, em precioso artigo, chamou de “criatividade calhorda”⁷.

III) A CRISE DA JUSTIÇA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Chamamos de “crise da Justiça” os problemas específicos que envolvem o Poder Judiciário Nacional na sua finalidade precípua de prestação jurisdicional.

Conforme já enfocamos, parece-nos curial que a tradição republicana brasileira desenvolveu um regime presidencialista extremamente discricionário ou até imperial, uma vez que o Presidente, uma vez eleito, escapa quase sempre a qualquer controle.

Não há, na prática, qualquer responsabilidade político-administrativa e o Poder Judiciário não consegue exercer eficazmente a sua função controladora.

Aliás, parece mesmo que os detentores do Poder não querem que o Judiciário cumpra o seu dever institucional – pois, sistemática e permanentemente na maioria dos Estados, lhes são negadas condições de funcionamento adequado. Não há até hoje nos Estados, principalmente, uma efetiva autonomia administrativa e financeira do Judiciário. Escassos são os recursos “concedidos”. Não há vontade nem ação política destinadas a fazer com que ele funcione.

⁷ Villas – Boas Correa – *Jornal do Brasil*, 31/07/87.

Registre-se, neste ponto, que tanto o C.N.J. como o Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça, estão nos dias de hoje, intentando esforços no sentido de que sejam apuradas com isenção as receitas líquidas dos Estados, a fim de que os duodécimos orçamentários com seus percentuais destinados aos Tribunais possam ter incidências corretas e correspondentes às reais necessidades do Judiciário.

Basta se ver que não são de hoje as alegações de que a Justiça Brasileira é morosa, ineficiente, cara e insegura.

As causas dessa crise longeva já foram analisadas pelas mais elevadas autoridades brasileiras e nos mais diferentes enfoques, mas o que é aqui importante destacar é que essa ineficiência, essa morosidade, a falta de responsabilização e a permanente sensação de impunidade são poderosíssimos condimentos para avolumar, no seio da sociedade, a crise *de* Justiça.

Na verdade, o Poder Judiciário é o último guardião das liberdades individuais. Cícero já dizia que onde não há justiça (em sentido estrito) não há direitos, e o grande RUY BARBOSA⁸, acentuava que “A Justiça coroa a ordem jurídica; a ordem jurídica assegura a responsabilidade; a responsabilidade constitui a base das instituições livres. E, sem instituições livres não há paz, não há educação popular, não há honestidade administrativa, não há organização defensiva da Pátria contra o estrangeiro.

IV – AS SUGESTÕES

Dentro desse panorama, cumpre ressaltar como resultado de trabalho de grupo realizado pela EMERJ que a expressão “Reforma do Poder Judiciário” não se mostra adequada às necessidades e às pretensões da sociedade brasileira, pois o que se busca, na realidade, é a reforma da função jurisdicional ou, em outras palavras, a reforma da justiça buscando solucionar os seus problemas específicos na consecução de uma prestação jurisdicional mais célere, mais técnica e mais justa. A meta é a redução do “custo judicial”.

As queixas que a sociedade tem do Judiciário, na verdade, não se relacionam à instituição em si, que é reconhecida como Poder necessário para mediar e resolver conflitos inter-individuais, coletivos ou difusos.

As queixas são as de que o processo judicial é demasiadamente demorado; oneroso; com decisões nem sempre ajustadas ao direito vigente (insegurança jurídica) e, às vezes, injustas.

⁸ Ruy Barbosa – **Coletânea Forense** – Casa de Ruy Barbosa – 1959.

O que se almeja é um conjunto de providências que habilite o Judiciário a funcionar melhor, a fim de cumprir as suas finalidades. É a minimização do “custo judicial”.

Com esse propósito, desde a década de 70, quando no recesso do Parlamento, pela Emenda Constitucional nº 7 de 1977, foi editada a Lei Orgânica da Magistratura, as sucessivas reformas do Judiciário se sucedem, com resultados pífios ou até inócuos. A última, a decorrente da Emenda Constitucional nº 45/2004, trouxe a criação positiva do Conselho Nacional de Justiça, que, nos termos do art.103 – B §4º da C.F., tem funções muito mais censórias e correicionais, pois combate os efeitos da deficiência estrutural, o descumprimento dos deveres funcionais, a ilegalidades dos atos administrativos irregularmente praticados.

O C.N.J. que, em seu curto período de existência, vem dispensando relevantes serviços à prestação jurisdicional, tem tido atuação escorregada no controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e, dentro dessa esfera limitada de competência, buscando mudanças de comportamentos, com decisões correicionais apreciáveis, incentivando, por outro lado, a redução do tempo de julgamento das demandas (veja-se a Meta 2 referente às ações anteriores a 1995 e o monitoramento das ações de forte repercussão social - O Globo, 26/11/2010), com um maior comprometimento ético dos integrantes do Judiciário.

A edição do Código de Ética da Magistratura foi um marco nessas providências.

Tais medidas são, no entanto, de eficácia posterior às mazelas e embora produzam resultados positivos, mantêm o ciclo vicioso, pois não atacam as causas. Observa-se assim, que, embora com avanços, as reformas têm se mostrado ineficazes para atender aos reclamos sociais acima explicitados. São modificações tópicas, sem atacar o âmago da questão.

Em seminários especializados, tem-se reconhecido que a melhoria dos serviços judiciários não resultará de uma providência isolada, pois o seu funcionamento é complexo.

O desafio, segundo recentes estudos elaborados sob a orientação do Des. Jesse Torres na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, com nossa colaboração, demanda providências de três ordens: legislativa, gerencial e de formação de pessoas.

De ordem legislativa são providências que: I) simplifiquem o processo judicial; II) modernizem o processo judicial; III) estimulem modelos alternativos de composição de conflitos.

Por simplificação do processo judicial se deve entender a racionalização e a redução de recursos técnicos previstos nos códigos processuais (inaceitável que uma decisão judicial tenha de passar por crivos sucessivos de, não raro, vinte revisões recursais, até que se torne definitiva e executável, como ainda enseja a legislação processual brasileira).

Por modernização do processo judicial se deve entender a *eliminação do excesso de formalismo* que mantém o processo andando em círculos, com prática de atos desnecessários, lotado de papéis inúteis, impeditivos de alcançar o resultado pacificador dos conflitos, em tempo hábil.

Por estimulação de modelos alternativos de composição de conflitos se deve entender o fomento de formas de mediação e conciliação, que não seriam levadas ao Judiciário, salvo em situações excepcionais.

De ordem gerencial são providências que, em síntese: I) propiciem progressiva supressão do meio impresso como veículo único ou principal para a formação e a tramitação material do processo, com sua substituição gradual por meio informatizado, mantidos controles eficientes, igualmente informatizados; II) remodelem a estrutura organizacional dos tribunais e juízos judiciais, de modo a reduzi-la a dimensões compatíveis com as necessidades e com observância dos princípios, de um lado, da especialização e da segregação de funções, e, de outro, da integração e interdependência de seus executores; III) padronizem procedimentos cartorários e administrativos pertinentes a rotinas, eliminando as que signifiquem re-trabalho; IV) promovam a formação de quadros administrativos treinados em gestão judiciárias, de sorte a delegar-lhes tarefas gerenciais, propiciando que os magistrados se concentrem no ofício de julgar, sem deixar de supervisionar as atividades que possam repercutir sobre o tempo de tramitação dos processos; V) incorporem periódicas pesquisas de satisfação do usuário às rotinas de funcionamento das unidades judiciais; VI) dotem cada tribunal de fundo de receitas próprias, desvinculadas do erário central, para o qual sejam vertidas todas as custas, emolumentos e taxas recolhidas pelos usuários dos serviços judiciários, a serem reaplicadas na melhoria dos serviços e no sustento das demandas propostas por aqueles que não possam arcar com as custas dos respectivos processos; VII) incentivem a elaboração de súmulas de entendimentos jurisprudenciais que possam ser uniformizados, em matérias de teor repetitivo, propiciando um mínimo de segurança jurídica.

As providências relacionadas à formação de pessoas (o ponto nevrálgico a nosso ver) seriam aquelas que possam implementar a ideia de universidade corporativa (qualificação, reciclagem permanente e especialização de magistrados e de serventuários); estruturação das carreiras, com um eficiente sistema de mérito nas remoções e promoções; instituição de incentivos à produtividade; mas, e principalmente, *por um sistema rigoroso e racional de escolha e formação do magistrado*.

Ou seja, a nosso sentir as sucessivas e de certa forma frustrantes reformas dos serviços judiciais estão calcadas nas deficientes escolhas e, na prática, nos inexistentes trabalhos de permanente formação dos magistrados.

Registre-se, que a nosso ver, foi equivocada a determinação estabelecida pela Emenda nº45, de 8 de dezembro de 2004, de exigir apenas “três anos” de atividade jurídica, dispensando a “prática forense” como requisito para inscrição nos concursos da magistratura.

O exercício da magistratura, que é muito mais do que o de uma profissão, exige maturidade, formação pessoal e ética, além, é evidente, da capacidade técnica. Exige-se detecção do caráter, sensibilidade, aptidão para o trabalho, espírito público, etc., requisitos que, na realidade, se formam e se acumulam com os anos. A maturidade é fundamental para a magistratura. A exagerada juvenilização tem sido um pesado ônus para a Justiça.

“O recrutamento dos magistrados por seleção pública, afirma o Des. Renato Nalini, do T.J. de São Paulo, e especializado na matéria, em regra, prima por priorizar a capacidade mnemônica. Todo concurso é antecedido por uma divulgação de extensa relação de disciplinas exigíveis, a pressupor uma cultura enciclopédica do candidato. Presume-se consiga ele dominar a universalidade do conteúdo da norma, da doutrina e da jurisprudência.”

É necessário no entanto aperfeiçoar-se o recrutamento, pois “mais vale uma cabeça bem feita do que uma bem cheia”. (Montaigne)

No estado atual, avalia-se a capacidade técnica de trabalhar com o direito, mas não se estimula nem se implementa o principal que é a sua aptidão profissional, a sua vocação, o seu espírito público, a sua formação humana, a sua postura ética. Tais requisitos deveriam ser avaliados através das Escolas da Magistratura, destinadas à “preparação”, em etapa necessariamente anterior ao concurso.

Todavia esses requisitos, ao que se percebe, foram relegados para serem apurados no chamado “processo de vitaliciamento”, previsto no

art. 93, IV da C.F., com a redacção da Emenda nº45/2004, após a aprovação no concurso.

Assim tal processo, ainda que realizado em momento impróprio, torna-se absolutamente essencial à formação, à qualificação, ao aperfeiçoamento continuado de um magistrado, e tem sido colocado em plano secundário ou até inócua, em alguns casos.

O Conselho Nacional de Justiça não o regulamentou até hoje e os Tribunais, na grande maioria, dele não tratam de forma adequada e nem lhes dão a importância devida.

É preciso não esquecer que as constatações empíricas têm demonstrado que só na continuidade do exercício funcional vão ser detectadas as vocações, as aptidões ou as inaptidões, e assim, o processo de vitaliciamento revela-se como procedimento essencial à formação dos magistrados.

Em regra, no entanto, quando ingressa na carreira como juiz substituto, acaba se vitaliciando pelo simples decurso do prazo de dois anos (previsto no art.95, I da C.F.), sem que tenha sido, na verdade, submetido a qualquer processo de formação, ou a um regulamentar aperfeiçoamento ou a uma adequada avaliação funcional, pessoal, psicológica, ética, social.

A realidade indica que a grande deficiência da Justiça e das chamadas reformas do Poder Judiciário está exatamente em não direccionar-se efetivamente à formação adequada dos magistrados. Esse, o ponto nodal.

O Juiz deve, necessariamente, ser um servidor público qualificado, diferenciado, recrutado mediante um esquema rígido de seleção técnica, em concurso público sem mácula, mas, principalmente, dotado de valores pessoais, morais em razão dos quais a sociedade nele é levada a confiar.

O Juiz é um protagonista essencial na missão de edificar a ordem democrática de um Estado de Direito. Dele depende, como diz Renato Nalini, “a concretização dos princípios fundantes, de tudo aquilo que se incluiu na Carta Cidadã, após décadas de anomalia institucional.”

Quando, no entanto, se detecta uma investidura eticamente comprometida e descompromisso do julgador com tais princípios, não se pode estranhar a queda do grau de credibilidade na Justiça.

Voltemos a Couture: “da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e um momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens.”

A solução está, pois, basicamente, na formação do HOMEM – JUIZ.❖

Guarda Compartilhada (Pequenos Apontamentos)

Maria Claudia Chaves

Advogada especializada em Direito de Família; associada do IBDFAM; pós-graduada em ciências jurídicas pela Universidade Clássica de Lisboa, Research Scholar da Universidade de Michigan, EUA.

1. INTRODUÇÃO

O tema guarda de filhos sempre foi, e será, uma das mais angustiantes questões que os pais em processo de separação podem enfrentar, por mais amistosa que seja a ruptura da vida em comum. As modificações familiares atingem a todos, especialmente as crianças.

Há muito estávamos estagnados no velho conceito da guarda unilateral que “desconsiderava a família como um sistema de funções complementares, não assegurando aos filhos o direito de serem criados e educados por ambos os pais e, em correlação, aos pais o exercício da autoridade parental em regime de corresponsabilidade, de forma igualitária, temática outorgada em diversos tratados de direitos humanos.”¹

O antigo artigo 325 do Código Civil de 1916 determinava que “No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

Sobre esse aspecto, ainda nos idos do início do século passado, o ilustre civilista J.M. Carvalho Santos lecionava que “No desquite amigável tudo é resolvido de comum acordo entre os cônjuges. Não podia fazer exceção a proteção da pessoa dos filhos do casal. Principalmente porque, pelo menos, é de presumir, ninguém poderá ter mais interesse no bem-estar e futuro dos filhos do que os próprios pais.”²

Já naquela época vislumbrou o legislador a possibilidade de os pais acordarem livremente quanto ao futuro dos filhos menores, desde que observado o melhor interesse daqueles. Este aspecto teleológico da norma, contudo, dificilmente era, como ainda não é, respeitado.

1 Filho, Waldyr Grisard, “A Preferencialidade da guarda compartilhada de filhos em caso de separação dos pais”, in **Direito das Famílias**, Maria Berenice Dias/Organizadora, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.418.

2 In, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, v. V, 6ª edição, 1953, p. 295, Editora Freitas Bastos.

De outro turno, e assim não poderia deixar de ser, já que predominava o pátrio poder e não o poder familiar, quando o desquite assumia caráter litigioso, a guarda do menor, independentemente da observância de seu bem-estar, era designada ao cônjuge inocente, pelo que, segundo o citado civilista, tal regra se explicaria “porque se o cônjuge fôr declarado inocente é precisamente porque se portou dignamente na constância da sociedade conjugal e pelos seus precedentes honrados, que o recomendam, faz jus a que a lei lhe dê preferência para ter consigo os filhos. A lei parte do pressuposto de que o mau marido não pode ser um bom pai.”³

Seguindo a tradição moral daquele período, o legislador deixou registrado no § 1º, do art. 326, que, se ambos os cônjuges fossem declarados culpados, teria a mãe o direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos, até a idade de seis anos, quando, então deveriam ser entregues à guarda do pai, já que “como os filhos, de ambos os sexos, enquanto menores de seis anos careçam de desvelos e cuidados maternos, cuidados que o pai não poderá dispensar, manda a lei que até essa idade os filhos fiquem em companhia da mãe. Dos seis anos em diante, como os filhos precisem, para benefício próprio, da direção do pai, manda a lei que fiquem eles sob a guarda dêste. E as filhas maiores de seis anos continuarão em companhia da mãe, contribuindo o pai para o sustento delas.”⁴

2. EVOLUÇÃO DA NORMA

Passado o tempo, pequena evolução se observa no art. 10, da Lei nº 6.515/77, que praticamente reproduziu o art. 326, do antigo Código Civil, *verbis*: “Na separação judicial fundada no *caput* do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.” Inobstante tal comando, boa parte doutrina e da jurisprudência vem, gradativamente, desconsiderando a causa da separação ou divórcio, observando, apenas, seus requisitos objetivos.

O Novo Código Civil, já não tão novo assim, perdeu a oportunidade de excluir o elemento culpa do capítulo que trata da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal⁵, travando um descompasso com as recentes

³ Santos, J.M. de Carvalho, ob. cit. p. 296.

⁴ Santos, J.M. de Carvalho, ob. cit. p. 296/297.

⁵ O CC/02 manteve a separação litigiosa-sanção no arts. 1.572, a culpa como critério de fixação de alimentos nos arts. 1.694, §2º e 1.704, parágrafo único e como causa da perda do direito de usar o nome no art. 1.578.

mudanças, e as que estão por vir⁶, da estrutura do direito de família, que já em boa hora não mais permite esse tipo de apuração.⁷

Por maior razão ainda, não se pode admitir a manutenção da culpa para fins de guarda, sob pena de se infringir os direitos de personalidade dos filhos menores, que serão privados, de forma penitencial, da convivência do genitor “culpado”, a acarretar, possivelmente, danos psicológicos, muitas vezes irreversíveis, isto sem considerar a possibilidade da prática da alienação parental, tão debatida atualmente.⁸

Não se pode negar a existência do direito fundamental do menor à convivência com seus pais, biológicos ou não. Aliás, trata-se de direito subjetivo, sendo certo que (...) A Lei não cria, propriamente, o direito subjetivo. O que ela faz é recortar, da exigência ontológica de realização do homem, certo aspecto respeitante a determinado fim de pormenor, para lhe garantir a satisfação nesse aspecto. A matéria do direito subjetivo existe no próprio homem e é inseparável dele (...)”⁹

O Código Civil de 2002, antes do advento da Lei nº 11.698/2008, determinava, igualmente, que os pais acordassem sobre a guarda dos filhos. Diante da impossibilidade de entendimento comum, transferia ao magistrado tal incumbência, destinando a guarda dos menores ao genitor que demonstrasse melhores condições de exercê-la, facultando-lhe a lei, inclusive, o deferimento a terceiros se ambos os pais mostram-se incapazes ao desempenho desse papel.

Tal mister, ainda que se trate de um magistrado experiente e zeloso na profissão, torna-se quase impossível, diante do escasso contato que se tem com as partes, em razão do acúmulo de processos nas Varas de Família,

6 A PEC do divórcio

7 Alice de Souza Birchall, em seu artigo “A culpa, seu valor jurídico e efeitos para o direito de família e sucessões”, publicado no **Direito das Famílias**, Dias, Maria Berenice/Organizadora, salienta que “A inquirição da culpa não faz o menor sentido nos dias atuais. A sociedade brasileira já não se opõe ao divórcio e não discrimina mais as pessoas divorciadas. É pacífico que a falta de amor é suficiente para que os cônjuges não queiram mais conviver, ou um deles deseje romper o vínculo conjugal. Neste sentido, o próprio Código Civil de 2002 dispõe, no parágrafo único do art. 1.573, que ao juiz é permitido julgar procedente o pedido de separação ou de divórcio por qualquer motivo que o convença de que a manutenção da vida em comum é impossível.”

8 Segundo os ensinamentos de Paulo Lobo, a forma mais agressiva de alienação parental é a “indução psicológica para que a criança odeie seu outro genitor. A alienação parental não apenas compromete a convivência do filho com seu genitor, mas daquele com todos os parentes do grupo familiar deste (tios, avós, primos). A demonização do outro e de seus parentes deixa seqüelas traumáticas, às vezes irreversíveis, que comprometem o equilíbrio psicológico da pessoa, inclusive em sua vida adulta; o descobrimento tardio de que foi vítima de alienação parental quase sempre vem acompanhado de intensa frustração e de sensação de perda afetiva.” In, “Direito-dever à convivência familiar”, **Direito das Famílias**/ Maria Berenice Dias Organizadora, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 402/403.

9 Silva, Manoel Duarte Gomes da, “Esboço de uma concepção personalista do Direito”, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. XVIII, 1964, p. 11/112.

salientando, ainda, que, o momento em que os genitores se encontram é frágil, com todas as emoções e rancores à flor da pele, dificultando-se mais ainda a tarefa de “eleger” o guardião ideal.

Com a escolha de um só responsável exclusivo pela guarda fere-se o princípio da igualdade entre os cônjuges e melhor interesse da criança, além de atingir sua dignidade, já que frequentemente é objeto de disputa das mais variadas e graves desavenças.

3. FUNDAMENTOS LEGAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

Nesse diapasão é que a guarda monoparental deveria tornar-se exceção à regra, já que a compartilhada respeita em maior escala direitos fundamentais, tanto dos pais quanto dos filhos, em harmonia com o comando previsto no art. 227, da Constituição Federal.

E não é só a Lei maior que proclama o respeito e a proteção da dignidade dos menores. Além de tratados internacionais, como o art. 9º, da Convenção dos Direitos das Crianças, elaborada pela Organização das Nações Unidas em 20-11-1989¹⁰, a Lei nº 8.069/90 consigna que a “criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”¹¹

O capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê ainda o direito à convivência familiar e comunitária, enquanto que o art. 19 estatui que “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambientes livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”¹²

O artigo 21, da citada Lei nº 8.069/90, por sua vez, garante a igualdade de condições entre pai e mãe no exercício do poder familiar, dando competência à autoridade judiciária para a solução de divergências porventura existentes.

¹⁰ Artigo 9º - 1. Os Estados-partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

¹¹ Art. 15, da Lei nº 8.069, de 13-7-1990. Os artigos 16, 17 e 18 da Lei prezam, respectivamente, pela liberdade, inviolabilidade física, psíquica e moral da criança e do adolescente e sua dignidade.

¹² Art. 19, da Lei nº 8.069/90.

Nota-se, portanto, existir uma gama de diplomas destinados à proteção do melhor interesse do menor, incluindo-se neste rol o direito de convivência com ambos os pais. Nesse esteio é que a guarda compartilhada mostra-se mais completa e digna do que a unilateral.

4. INEFICIÊNCIA DA GUARDA EXCLUSIVA

O modelo de guarda exclusiva, na maioria das vezes deferida às mães, haja vista a estatística por meio da jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, nunca cumpriu seu suposto papel de evitar o desentendimento entre os pais; ao revés, promove a separação da criança e a torna vítima dos problemas que, em tese, os ex-cônjuges deveriam resolver sozinhos, estando em total desacordo com os princípios constitucionais, tratados internacionais e leis ordinárias.

Doutrina Luiz Paulo Vieira de Carvalho que “Em virtude do hoje princípio constitucional da igualdade entre os sexos (arts. 5º e 226, § 5º, da CRFB/88, art. 22, da Lei nº 8.069/90 e arts. 1.631 e 1634 do CC), entre nós o poder familiar abrandou-se, deixando de revestir em parte aquele caráter absoluto nos moldes do diploma civil anterior (ainda, em parte, inspirado no Direito Romano), passando a ser exercido por ambos os pais visando primordialmente à proteção e à satisfação dos interesses dos filhos, em especial quanto ao indispensável convívio familiar, base angular do direito à efetividade, estreitamente relacionado à solidariedade, à dignidade humana e à integridade psíquica da prole (art. 227, *caput*, da CRFB/88 e arts. 1.634, I ao VII, 1.689 a 1.693, do CC).”¹³

Quanto ao conceito de entidade familiar, direito fundamental garantido ao menor, leciona Maria Berenice Dias “que o atual conceito de família prioriza o laço de afetividade que une seus membros, o que ensejou também a reformulação do conceito de filiação que se desprende da verdade biológica e passou a valorar muito mais a realidade afetiva.”¹⁴

É de se registrar inúmeros casos de mães, mais uma vez retrato da estatística, que boicotam o direito à visitação do pai, como método de retaliação, especialmente quando a questão envolve dinheiro ou adulté-

¹³ **Direito Civil, Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões**, 2ª edição, Editora Lúmen Júris, 2008, p. 208.

¹⁴ **Família Normal**, www.ibdfam.org.br. Neste texto, salienta a especialíssima autora que “Todas estas mudanças impõem uma nova visão dos vínculos familiares, emprestando mais significado ao comprometimento de seus partícipes do que à forma de constituição, a identidade sexual ou a capacidade procriativa de seus integrantes”.

rio, no sentido amplo do vocábulo, evidenciando, assim, o fracasso ou ineficiência da guarda unilateral.

Esta situação estagnada e injusta está a mudar, com o apoio da jurisprudência, para uma igualitária distribuição da atividade da autoridade parental, que já veio refletida na Lei nº 11.698/2008.

5. CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA

Antes de se analisar o instituto propriamente dito, insta consignar que a jurisprudência, em uma gradativa evolução, instituiu a guarda alternativa e dividida, que não se confundem.

Pela guarda alternativa, “(...) cada genitor detém a guarda exclusiva dos filhos por um período certo de tempo, exercendo com exclusividade todos os direitos/deveres que integram o poder familiar, alternando-se as funções e responsabilidades no final de cada período. Na guarda dividida, as crianças vivem em um lar fixo, recebendo, periodicamente, a visita do genitor com quem não convivem”¹⁵.

A Lei nº 11.698 modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para seguintes termos:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º VEDADO.” (NR)

¹⁵ Waldyr Grisard Filho, ob. Cit., p. 418

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

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.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º 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.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (NR)

Apesar da pequena evolução, pecou o legislador por não prever como regra a guarda compartilhada, facultando-a aos pais ou impondo-a naqueles casos em que inexistente consenso entre o pai e a mãe quanto ao destino do filho, tal como dispõe o § 3º, do referido artigo 1.584.

Pela letra fria da lei, em uma interpretação isolada, parte da doutrina e da jurisprudência poderá afirmar que só haverá lugar para a guarda com-

partilhada quando não houver litígio entre o casal, o que a colocará no parâmetro de exceção em vez da regra.

Não se pode olvidar que a harmonia dos pais deveria ser um antecedente obrigatório ao consenso pela guarda dos filhos, tanto unilateral quanto a compartilhada, contudo, na maioria das vezes, os próprios genitores parecem colocar de lado o melhor interesse da criança e travam uma guerra egoísta, confundindo a relação parental com a conjugal.

A guarda unilateral, deferida na maioria das vezes às mães, repita-se, criou a figura do pai ocasional, aquele que encontra o menor em dias e horas acertadas, tornando a relação paternal fria, despida do envolvimento necessário que pai e filho têm direito, além de trazer distúrbios psicológicos para a própria criança.

Muitos sustentam a necessidade de harmonia entre o casal para a implantação da guarda compartilhada. Ocorre que os pais devem em qualquer tipo de guarda buscar o melhor entendimento possível, pois sempre haverá necessidade de entrosamento. Afirmar que a guarda unilateral seria uma boa opção para aqueles ex-cônjuges que se comunicam através de pessoa interposta é deixar de enfrentar o problema já que a falta de diálogo, tal como o desentendimento, atinge psicologicamente o menor.

Destarte, em vista do princípio que visa proteger o melhor interesse do menor, finalidade do instituto da guarda, deve-se privilegiar a relação sadia entre os pais, sendo no mínimo leviana a afirmação de que a guarda exclusiva entre casais inimigos é melhor opção do que a compartilhada. O egoísmo dos pais deve ser posto de lado a fim de que os interesses dos filhos sejam de fato considerados.

Há duas espécies de guarda compartilhada; a que estatui o compartilhamento físico da criança e aquela em que os pais dividem, em igualdade de condições, todos os deveres inerentes à criação do menor, permanecendo este na residência de um dos genitores.

Obviamente que a guarda física compartilhada requer um entrosamento maior dos pais, uma vez que surge uma participação mais intensa na vida do filho que, ora está na casa de um genitor, ora na de outro.

Nada impede, repita-se, possa ser a guarda compartilhada instituída com o resguardo da residência física na companhia de um dos genitores, cabendo ao outro a participação em tudo aquilo que diz respeito ao menor, das resoluções mais insignificantes, relativas ao dia a dia, às grandes decisões que geralmente envolvem educação, saúde, cultura etc.

6. BENEFÍCIOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Saliente-se que mesmo as pequenas decisões do dia a dia, quando tomadas em conjunto, evitam maiores desgastes na pessoa do filho que passa a se sentir incluído de fato nas duas novas “famílias”, ao contrário do que ocorre na guarda exclusiva em que o parente não residente, na maioria das vezes, deixa de tomar conhecimento sobre o cotidiano do menor. Não se pode esquecer que a personalidade da criança, construída minuto a minuto, nada mais é do que fruto do exemplo de seus pais.

Pesquisadores norte-americanos concluíram que crianças que têm a oportunidade de conviver com ambos os genitores possuem melhor desempenho escolar do que os que se envolvem nas disputas legais, além de, no futuro, tornarem-se eles mesmos ótimos pais.¹⁶

E não é só. Segundo as estatísticas americanas, os menores que são privados da convivência de um dos genitores estão predispostos à prática do abuso do álcool e drogas.¹⁷

Por conta disso, interessante mencionar que nos Estados Unidos da América a opção pela guarda compartilhada vem crescendo desde a década de 70 e na maioria dos estados é a forma legal imposta aos pais no momento da separação conjugal.¹⁸

7. GUARDA COMPARTILHADA E ALIMENTOS

A questão financeira também não é empecilho para a constituição da guarda, bem como não isenta qualquer dos pais do pagamento da pensão alimentícia. Inexiste razão, desse modo, para que as mães, ou pais,

16 *“Indeed, a large body of research overwhelmingly suggests children do best when they have both a mother and a father in their lives. Specifically, children whose fathers are involved in raising them do better in school, are less likely to get into trouble with the law, and are more likely to be better parents themselves.”* (Jayne Keedle, “Fathers Matter”, The Hartford Advocate) in www.deltabravo.net/custody/jointbenefits.php

17 *“Fatherless children are at a dramatically greater risk of drug and alcohol abuse, mental illness, suicide, poor educational performance, teen pregnancy, and criminality.”* Source: U.S. Department of Health and Human Services, National Center for Health Statistics, Survey on Child Health, Washington, DC, 1993. *“Teenagers living in single-parent households are more likely to abuse alcohol and at an earlier age compared to children reared in two-parent households.”* Source: Terry E. Duncan, Susan C. Duncan and Hyman Hops, *“The Effects of Family Cohesiveness and Peer Encouragement on the Development of Adolescent Alcohol Use: A Cohort-Sequential Approach to the Analysis of Longitudinal Data”*, *Journal of Studies on Alcohol* 55 (1994). in www.deltabravo.net/custody/jointbenefits.php

18 *In 1973, Indiana was the first US state to introduce a law favouring joint custody (Brinig and Buckley, 1998). It has since spread to nearly all states. There are various forms of joint custody. One typically distinguishes between joint legal custody and joint physical custody. Joint legal custody means that both parents share the right and the obligation of making major decisions about their child’s upbringing (e. g. about schooling, religion, and health care). Joint physical custody means that the child spends a significant amount of time with each parent. In any case, joint custody shares the rights and obligations concerning the child between divorced parents more equally than sole custody.* (<http://www.voxeu.org>)

pouquíssimas vezes, dificultem o acordo por temer deixar de receber os alimentos destinados à criação do filho, pois o Código Civil determina em seu art. 1.703 que “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.”

Significa isso dizer que os pais são igualmente responsáveis pelos custos dos filhos, dentro das possibilidades de cada um, não havendo qualquer interferência nesta norma legal do tipo de guarda imposta, seja ela exclusiva ou física ou legalmente compartilhada.

Nota-se, assim, que a guarda compartilhada não é o bicho de sete cabeças que tentam instituir, mas apenas uma forma ampliada da participação dos pais separados na criação de seus filhos, resguardando-se a igualdade de condições entre os genitores e o princípio que zela pelo melhor interesse do menor.

8. CONCLUSÃO

Espera-se que a comunidade jurídica caminhe no sentido de não mais se admitir a guarda exclusiva, ostensivamente ineficaz e prejudicial à saúde mental das crianças que sempre necessitaram da assistência concomitante de ambos os pais, pois, pela lição do professor Waldyr Grisard Filho “Na temática da família da atualidade a guarda compartilhada configura uma nova perspectiva relacional, aumentando-se o grau de participação dos pais nos cuidados de criação e educação dos filhos por meio de uma adequada comunicação. Se o propósito da nova lei é o de contribuir de modo eficaz para o reconhecimento dessa realidade universal, a preferencialidade pela guarda compartilhada constitui imperativo legal, de inafastável inspiração constitucional.” ❖

Qual a unidade do Direito Privado? De uma concepção formal a uma concepção material do Direito Privado

**Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann
(LL.M em Berkeley)**

Titular da Cátedra de Direito Civil, Econômico, Internacional Privado e Europeu da Humboldt Universidade de Berlim/Alemanha

I. INTRODUÇÃO

Em tempos de crise, coloca-se a questão acerca da arquitetura geral do sistema jurídico. A crise financeira mundial e, com ela, a pior crise econômica desde a Segunda Guerra Mundial, tiveram suas causas em questões acerca da concepção de sociedades, contratos e mercados. Entre direito societário e direito dos mercados ou direito dos contratos encontra-se também o mais recente e proeminente campo individual do direito privado (eventualmente junto ao direito do consumidor), formado mundialmente nos últimos cinquenta anos: o direito de mercados de capitais. Sua formação representa uma das mais profundas e incisivas mudanças estruturais no direito empresarial desde a Segunda Guerra Mundial: a passagem de um empresariado que em muitos países atuava primariamente por meio de capital externo, a um empresariado para o qual o capital próprio tornou-se absolutamente central – financeiramente, mas também para a imagem pública da empresa. Em termos jurídicos: para o direito societário, enquanto direito da organização e coração do direito empresarial, entrou – como um segundo ramo – o direito de mercado de capitais, hoje peça central do direito societário externo nas grandes empresas, estando ambos cada vez mais conectados materialmente no chamado direito das empresas cotadas em bolsas de valores¹.

¹ Esse artigo, base para as palestras proferidas no Brasil em novembro de 2009 na PUCSP, USP e EMERJ, acaba de ser publicado paralelamente, em alemão, nos Estudos em Homenagem a Klaus J. Hopt (2010), o fundador do

A seguir, abordar-se-á a generalização desse movimento, até agora proporcionalmente pouco debatido. A tese aqui defendida é de que, nesse movimento de inclusão do direito de mercado de capitais no âmbito do direito societário, deve-se ver um primeiro grande ato criador de unidade no direito privado, que provoca generalização. Trata-se aqui, precisamente, da questão da unidade do direito privado: qual a unidade do direito privado?

II. O *PROPRIMUM* DO DIREITO PRIVADO ATUAL

1. Teoria

Para se determinar o *proprium*, isto é, a característica essencial do direito privado – e especialmente do direito privado de hoje – existem diferentes caminhos: notadamente a partir das grandes teorias sobre a sociedade em geral, a partir da ordem constitucional ou da doutrina de direito privado. Resumidamente, resulta o seguinte quadro. Em uma sociedade de direito privado, ou seja, aquela na qual o direito privado é aplicado como meio de solução de conflitos, *Franz Böhm* percebeu que o consenso (e não mais o comando hierárquico) passou a primeiro plano como mecanismo de solução. Com isso, a possibilidade de formação autônomo-privada foi reconhecida como o principal critério constitutivo da ordem social e, dessa maneira, trazida claramente para o centro do direito privado. No modelo de *Böhm*, de um mercado sob regulamentação ordoliberal, a autonomia privada deve ser evidentemente vista dentro de um quadro de ordem política que assegure os pressupostos básicos para o exercício fático da autonomia privada contra as ameaças decorrentes do poder privado². Isso significaria, mais precisamente, que não somente

direito dos mercados de capitais na Alemanha e meu professor, a quem muito devo. Quero agradecer imensamente a meus orientandos Rodrigo Laranjeira, pela tradução do artigo, e Karina Nunes Fritz, pela revisão final. O conceito de *'Börsengesellschaftsrecht'* (direito específico das sociedades cotadas em bolsas de valores) vem sendo desenvolvido amplamente nos países de língua alemã, inicialmente na Suíça, mas também na Alemanha e Áustria, onde foi recentemente escolhido como tema principal da Reunião Anual de Juristas (*"Juristentag"*), de 2006 e 2008. Veja, dentre outros, na Áustria, Schauer/Kals, *Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16^o Österreichischer-Juristentag*, vol. II/1 (2006), especialmente p. 51-65; e, na Alemanha, Bayer, *Empfehlen sich besondere Regeln für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften?*, *Paracer E, 67^o Deutscher Juristentag*, 2008, E5, E81-E87 e E96-E98; Windbichler, *Empfehlen sich besondere Regeln für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften?*, *JZ* 2008, p. 840, principalmente p. 842-846. Os mais importantes estudos acerca da influência recíproca entre direito societário, enquanto direito das organizações, e direito dos mercados de capitais, foram desenvolvidos pelos discípulos de Klaus Hopt, especialmente por: Mülberr, *Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt - Die Aktionärsrechte bei Bildung und Umbildung einer Unternehmensgruppe zwischen Verbands- und Anlegerschutzrecht*, 1995; Kals, *Anlegerinteressen - Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband, und Markt*, 2001; Möslin, *Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im markoffenen Verband*, 2007; e, da mesma forma, meu livro sobre direito societário europeu (nota de rodapé 9).

2 Böhm, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO* 17/1966, p. 75; Canaris, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, Festschrift Lerche* 1993, p. 873; Mestmäcker, Franz Böhm, in: Grundmann/Riesenhuber (coord.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Be-*

a autonomia privada encontra-se no centro do direito privado atual, mas, sobretudo, a relação de tensão entre essa autonomia, de um lado, e, do outro, a (função de) proteção, necessária para a preservação da autonomia material de todos os envolvidos.

Esse quadro do *proprium* do direito privado é amplamente assegurado e confirmado em sua essência quando se lança uma visão sobre a ordem constitucional, que são não somente as disposições mais elevadas dos direitos nacionais, mas, via de regra, também as mais recentes. No direito constitucional alemão, a liberdade contratual – deduzida da liberdade de ação e da liberdade profissional – juntamente com a garantia da propriedade são vistas como direitos fundamentais centrais para a ordem jurídica privada. A garantia da propriedade compreende também, por exemplo, todos os direitos obrigacionais e societários, não se admitindo, assim, nenhuma significativa diferenciação no direito patrimonial. A designada relação de tensão é característica: no contexto da garantia da propriedade, ela se converte em vinculação social da propriedade, nos termos do art. 14, parágrafo 1º, alínea 2 da Lei Fundamental Alemã, e, comparativamente, o mesmo vale, também, segundo opinião geral, para o direito fundamental da liberdade contratual. O antigo direito civil da propriedade já continha esses dois aspectos: o direito de liberdade a ela conectado (§ 903 BGB) e sua vinculação social (§§ 904 e seguintes do BGB). Proteção do patrimônio e, principalmente, liberdade de formação autônomo-privada (com limites) – assim também se apresenta a ordem constitucional para o direito privado alemão.

A referência à autonomia privada também aparece como a mais proeminente na literatura de direito privado³ – isso obviamente sem que esses autores tenham tirado até agora qualquer conclusão para a relação entre direito contratual, direito societário e direito dos contratos de trabalho, de

richten ihrer Schüler – eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, vol. 1/2007, p. 31; Riesenhuber (coord.), *Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, 2007; Zöllner, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*, 1996. Para uma ampliação desse conceito para a defesa contra o poder estatal nacional, agora controlado pelas liberdades fundamentais da União Europeia, bem como pelo direito de concorrência e de limitação dos subsídios na EU, confira-se meu artigo em inglês: *The Concept of the Private Law Society after 50 Years of European and European Business Law*, *ERPL* 16/2008, p. 553 (com várias indicações de doutrina inglesa).

3 Particularmente importante na doutrina de língua alemã são: Bydliniski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, 1967, p. 123, 126-131; Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 1969, p. 52-58 (Cf. a tradução portuguesa *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian); id., *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997, p. 44 et seq.; a partir de uma perspectiva de direito societário, mais especificamente de direito societário europeu: Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, vol. 1, 1980, §§ 3-6; e Flessner, *Juristische Methode und europäisches Privatrecht*, *Juristen-Zeitung* 2002, p. 14 (18). A partir da perspectiva da metodologia (interdisciplinar): Engel/Schön (coord.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007.

um lado, e para o vínculo interno no direito civil, do outro. Tirar tais conclusões parecem, contudo, indicadas. Também a relação de tensão entre regulação e o exercício da autonomia privada normalmente não é mencionada na descrição do *proprium* do direito privado. Isso é, contudo, imprescindível para se compreender adequadamente o desenvolvimento jurídico constitucional europeu e do direito econômico desde a Segunda Guerra Mundial, bem como o recente desenvolvimento no direito contratual.

2. Praxis

De forma breve, é preciso lançar uma visão sobre a prática. Nos grandes escritórios de advocacia, as *Mergers & Acquisitions* situam-se como a disciplina-mor, ao lado do *Family Office*, que trata não somente do acompanhamento jurídico e estruturante de toda a vida econômica, mas também da vida privada dos envolvidos. Por certo, o direito da responsabilidade civil extracontratual também é importante, como as regras sobre acidentes de trânsito, mas esses são só casos de massa, sem dúvida muito menos importantes. De qualquer modo, procura-se em vão uma ligação semelhante e estreitamente entrelaçada entre o direito da responsabilidade civil e o direito contratual, nos moldes da existente entre o direito contratual e o direito societário. As exceções compreendem as áreas nas quais o direito da responsabilidade civil é visto como anexo de uma relação contratual, principalmente as normas sobre a responsabilidade por produtos e as relações nas quais os §§ 328 ou 826 do BGB sejam aproveitados para estender direitos decorrentes da relação contratual para terceiros que a influenciam, sem serem partes contratuais.

O grande e incisivo acontecimento mundial do direito privado nas últimas décadas, ou seja, a crise financeira mundial, lançou, na verdade, sob uma perspectiva jurídica, uma série de questões acerca da combinação entre direito societário, de mercado de capitais e dos contratos, junto a seu sistema regulador. Já esses dois aspectos sugerem, a partir de uma visão da prática, que a unidade e as correspondentes linhas de ligação, sob o ponto de vista do poder de formação e seus limites, sejam ao menos uma vez postas em consideração e reflexão. Isso deve inicialmente acontecer em contraste com a “unidade” do direito civil clássico ou, pelo menos, do direito das obrigações, porque tratam-se aqui dos clássicos projetos de unidade do direito privado que ainda marcam os atuais projetos de codificação (abaixo III). Na sequência, serão analisadas as linhas de conec-

ção entre o direito organizacional e transacional, pois elas têm importância central para a proposta alternativa de unidade do direito privado aqui discutida (abaixo IV). O projeto tradicional é reconhecido primariamente como formal, enquanto a proposta alternativa concentra-se mais no seu conteúdo. Também não podem ser totalmente deixadas de lado as conclusões que se poderiam deduzir daí para as codificações (abaixo V).

III. UNIDADE COMO QUESTÃO DE CONCEPÇÃO DO DIREITO PRIVADO

1. Direito Civil

Se com a codificação do sistema externo surge necessariamente o debate acerca da unidade do direito privado⁴, então, evidente que se deve partir do direito civil, pois o *Code Civil* de 1804 propagou – ao menos implicitamente – o direito civil como o núcleo central do direito privado, tendo sido o *Code de Commerce* de 1807, promulgado em seguida, entendido sobretudo como um complemento. Isso não foi basicamente alterado com a codificação do direito civil e do direito comercial na Alemanha. No direito civil alemão, apenas a ordem interna foi modificada: organizaram-se principalmente em livros certas áreas do direito estabelecidas ao longo de muito tempo em quase todos os países ocidentais, como o direito das coisas, direito de família, direito de sucessão, bem como – reunidos num único Livro – o direito dos contratos e da responsabilidade civil. A separação entre direito civil e direito comercial é ainda marcante no continente, como na Áustria ou mesmo em países como a Itália, que na sua estrutura codificada integrou as duas partes (assim, o *Codice Civile* de 1942) – não, contudo, na dogmática. O sistema do BGB, ou pelo menos seus primeiros três Livros, com a proposta de um “quadro geral de referência” (2008), tem sido novamente proposto como modelo para o projeto de código europeu. Na quintessência, as áreas do direito civil aparecem até recentemente como o núcleo unitário do direito privado. E conquanto seja evi-

4 O objetivo principal da codificação clássica é, na verdade, disciplinar, de forma ampla e completa, os possíveis problemas jurídicos entre os sujeitos de direito privado. Sobre isso e acerca da ideia de codificação, veja-se: Lurger, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, 2002, p. 36 et seq.; Schreckenburger, *Die Gesetzgebung der Aufklärung und die Europäische Kodifikationsidee*, in: Merten/Schreckenburger (coord.), *Kodifikation gestern und heute*, 1995, p. 87, 89 et seq.; K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee*, 1995; Münch, *Strukturprobleme der Kodifikation*, in: Behrends/Sellert (coord.), *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2000, p. 147; Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 1969; Zimmermann, *Codification: history and present significance of an idea*, *ERPL* 3/1995, p. 95. Na Itália, o debate tem sido há muito tempo dominado pelas idéias de Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, 1979 (4ª ed. 1999).

dente uma interligação entre o direito das obrigações e a parte contratual do direito comercial (“*Handelsgeschäfte*” – transações comerciais), falta essa conexão para o verdadeiro núcleo do direito comercial, o direito das firmas, organizações e sociedades.

De fato, perguntando-se pela ligação entre as áreas jurídicas individuais do BGB, remete-se sobretudo a um critério formal: no Livro Terceiro estão regulados os direitos absolutos, os direitos *erga omnes*; no Livro Segundo, os relativos, os direitos *inter partes* – embora regras que estabelecem uma pretensão em caso de violação a direitos absolutos sejam encontradas tanto no Segundo, como no Terceiro Livro (veja-se os §§ 823 e 985 e seguintes do BGB). Sobretudo o direito de família, mas também o de sucessões, são vistos já a uma certa distância dos três primeiros livros. Um grande passo no BGB foi o de posicionar ao final essas disciplinas por último citadas, áreas do direito orientadas claramente ao *status*, que não afetam os negócios em massa do dia a dia, mas sim grandes situações únicas. Da mesma forma, importante foi posicionar ainda mais atrás também o direito de propriedade – diferentemente do sistema institucional anterior, apoiado nas *Iustitians Institutiones*, seguido pelo *Code Civil*, pelo Código Civil Austríaco (ABGB) e todas as codificações posteriores. Com isso, colocou-se simultaneamente no topo o direito de obrigações e, especialmente, o dos contratos, seguido pelo direito das coisas, já que ambos afetam bastante a vida diária. O direito das coisas, além da citada posição paralela formal ou oposta face ao direito das obrigações, só tem praticamente um aspecto em comum com o direito dos contratos, qual seja, a teoria do negócio jurídico, que aqui diz respeito à aquisição de direitos reais através de transações autônomo-privadas. Em muitos países sem sistema de abstração, essas normas sobre aquisições do direito das coisas fazem parte do direito contratual, consistindo em efeitos dele. Em todo caso, ainda existe “unidade”, principalmente onde ela se fundamenta na autonomia privada. No núcleo do direito das coisas – com a definição dos direitos absolutos e seus efeitos protetores – faltam praticamente quaisquer intersecções com o direito contratual. Falta o critério central criador da unidade entre direito das coisas e direito dos contratos. Considerando isso, uma segunda conclusão se impõe: se falta também tal traço criador de unidade entre o direito da responsabilidade civil e o direito dos contratos, então o núcleo do direito privado – e o direito contratual é visto seguramente como tal – fica completamente isolado. Necessário, então, lançar os olhos sobre o direito das obrigações.

2. Direito das Obrigações

Aqui a unidade aparece mais forte. De fato, diante de tudo o que foi dito até aqui, coloca-se a questão se, em todo caso, entre as relações obrigacionais existe um vínculo interno que, em essência, vai além de um mero vínculo formal. A formação do direito das obrigações é festejada como um dos maiores êxitos do legislador do BGB⁵. Essa composição de unidade aparenta ser ainda mais intensa no direito suíço, no qual o direito das obrigações aparece codificadamente como uma unidade particular, ou seja, como uma lei própria ao lado do (outro) código civil. Porém, também em países nos quais o arranjo do código não se aproxima disso, a doutrina civil – praticamente de forma unânime ou, pelo menos, predominantemente – desenvolveu um direito das obrigações, especialmente na Áustria e Itália, mas também na França⁶, e, naturalmente, também em Portugal e na Grécia, que, na estrutura de suas codificações, seguiram de perto o exemplo alemão, embora com variações.

Uma análise das normas da parte geral do direito das obrigações no BGB revela que, das regras mais importantes, praticamente todas têm relevância para o direito contratual, ao passo que poucas têm relevância para o direito delitual. Os principais institutos são claramente o princípio da boa-fé objetiva (§ 242 BGB), a regra sobre obrigação genérica (§ 243 BGB), o conjunto complexo de determinação e especificação do conteúdo obrigacional (§§ 257 e seguintes, especialmente os §§ 269 a 271 do BGB) e principalmente o direito da perturbação da prestação com a impossibilidade, cumprimento defeituoso e mora do devedor (§§ 275 a 289 BGB, bem como §§ 323 e seguintes do BGB). De todas essas regras, as referentes à culpabilidade (§§ 276s. do BGB) são as únicas com significado considerável também para o direito da responsabilidade civil extracontratual (essa com diferente ônus da prova, nos termos do § 280, inc. 1, alínea 2 do BGB).

Todas as outras normas se referem à formação autônomo-privada da relação obrigacional e sua execução, e só parcialmente (e um tanto

5 Acerca das avaliações do começo do Século XX, veja-se: Schwarz, in: *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenei*, 1935, p. 425, 470 et seq.; e quase euforicamente Maitland: “Never, I should think, has so much first-rate brainpower been put into an act of legislation”, citado por Schwarz (*ibidem*); posteriormente, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., 1967, p. 475-484 (Cf. a versão portuguesa *História do direito privado moderno*, Lisboa: Calouste Gulbenkian); e hoje veja-se um panorama em *Staudinger Kommentar* (Olzen), 2005, Introdução aos §§ 241 et seq., n.º 318-336.

6 Veja-se para os diferentes países: Massimo Bianca, *Diritto Civile: L’obbligazione*, v. IV, 1993, p. 1-16; Fabre-Magnan, *Les obligations*, 2ª ed., 2007, p. 1-3; Malinvaud, *Droit des obligations*, 7ª. ed., 2001, p. 2-4; Welsler, in: *Koziol/Welsler, Bürgerliches Recht*, v. II, 13ª ed., 2007, p. 1-3.

teoricamente) à obrigação civil de indenização, que, via de regra, deve ser satisfeita em dinheiro. A referência ao direito contratual é ainda mais evidente nas regras sobre controle das condições negociais gerais, direito de revogação, direito de determinação unilateral da prestação e em toda a seção dos §§ 320-327, 328-335 BGB (que regulamentam todas essas questões), válida já formalmente apenas para os contratos bilaterais e para as promessas em favor de terceiros. O § 311 BGB diferencia claramente – assim como seu famoso modelo, o Art. 1.134 do *Code Civil* – entre fundamento negocial (amparado no acordo das partes) e fundamento legal da relação obrigacional como dois suportes fáticos completamente diferentes, fontes da obrigação. Verdadeira exceção constitui somente o direito dos danos (§§ 249-255 BGB), que é importante na mesma medida tanto para o direito contratual, como para o direito da responsabilidade civil extracontratual. Mesmo aqui, vários sistemas jurídicos permitem ao devedor que viola o contrato primeiro corrigir o dano (a famosa ‘segunda chance’, frequentemente com consideráveis vantagens de custos) no direito contratual, privilégio que não é dado ao devedor no direito da responsabilidade civil delitual, imediatamente obrigado ao pagamento da correspondente soma em dinheiro (veja-se, por exemplo, § 249, inc. 2, frase 1 do BGB). Isso porque o prejudicado escolheu sua parte contratual (“confiança”), não, porém, seu devedor no campo da responsabilidade delitual, razão pela qual o lesado é aqui chamado *forced creditor* ou credor forçado. Alguns sistemas jurídicos, como o francês, tiram daí até mesmo a conclusão de que ambos os regimes não são aplicáveis concorrentemente (princípio do *non-cumul*)⁷. E, mesmo no direito alemão, dá-se preferência à solução do direito contratual em caso de concorrência.

Imputação de responsabilidade e direito de danos como um vínculo comum – isso é realmente pouco, mais ainda porque também nessas duas matérias são previstos regimes significativamente diferentes para o contrato e a ação ilícita. E, pelo menos desde a diferenciação entre condição baseada na prestação e condição não baseada na prestação (principalmente na forma de condição de intervenção – “*Eingriffskondiktion*”), o direito do enriquecimento sem causa vem sendo considerado um anexo, de um lado, do direito contratual (para contratos nulos) e, de outro, do direito da responsabilidade civil, com a qual a intervenção no âmbito do enriquecimento sem causa mostra claros paralelos estruturais⁸. Em

7 Cf. Cornu, Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, in: *Études de droit comparé*, 1962, p. 239s.; e Fabre-Magnan, op. cit. (nota de rodapé 6), p. 641-643 (nº 235).

8 Compare, por exemplo, Sirena, The DCFR – Restitution, Unjust Enrichment and Related Issues, *ERCL* 4/2008, p. 450.

quintessência constata-se que o contrato, face ao ato ilícito e à relação jurídica especial daí resultante, aparece destacado e isolado, da mesma forma que diante de todo o direito das coisas, desde que não se trate aqui de transações autônomo-privadas. Então, quer dizer que não há unidade no direito civil, considerando o direito contratual como núcleo?

3. Poder de formação (autonomia privada) e vínculo como núcleo

Vendo-se, ao contrário, a formação autônomo-privada e seu quadro normativo como o núcleo do direito privado, então resulta um quadro totalmente diferente: o direito contratual e o societário são os campos do direito mais importantes para a liberdade de formação autônomo-privada, que por ela são totalmente trespassados e marcados. Ao mesmo tempo são também as duas matérias nas quais mais se discute acerca de um quadro normativo que mantenha as condições sob as quais a autonomia privada pode funcionar. E isso, muito mais que o direito das coisas e o direito de família, e, em todo caso, mais que o direito da responsabilidade delitual e do enriquecimento sem causa. Partindo-se de tal circunscrição da essência do direito privado, logo aparece uma combinação, como a que se encontra hoje no BGB, ou seja, condicionada historicamente e não necessariamente fundada material e objetivamente.

Importante é ter em vista, como ponto de partida, a modelagem (poder de formação) e o quadro normativo. Em ambos os lados, o direito contratual – pelo menos nas últimas décadas – e o direito societário aparecem como o verdadeiro núcleo do direito privado, com estruturas paralelas particularmente estreitas. Formação autônomo-privada, ou seja, autonomia privada – em nenhum lugar ela é tão dominante como no direito contratual e no societário. Apenas em relação ao direito das sociedades anônimas e dos contratos de trabalho poder-se-ia discutir se ela seria tão dominante. Mas, mesmo nas normas sobre sociedades anônimas, o direito imperativo parece um retrocesso⁹. E o direito de mercado de capitais, tão extraordinariamente importante para as grandes sociedades por ações, é, em essência, direito de informação, e deve, enquanto tal, possibilitar a influência autônomo-privada sobre

9 A Lei das Sociedades Anônimas alemã sempre foi vista como obrigatória/impositiva, salvo determinação em contrário (o chamado princípio do *'Satzungsstrenge'* - rigor do estatuto/estatutário), o que vale igualmente no continente (embora em menor grau). Veja-se, por exemplo, a coleção de estudos comparados de Lutter/Wiedemann (coord.), *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, 1998; e Grundmann, *European Company Law*, 2007, n.º 406-409. Sobre os desenvolvimentos mais recentes, sobretudo a diferenciação segundo o critério de empresas cotadas e não cotadas nas bolsas de valores, veja-se: Schauer/Kalls e Windbichler, op. cit. (nota de rodapé 1).

a sociedade anônima e seus componentes¹⁰. Isso quer dizer que esse direito tem por objetivo procurar para os investidores as informações necessárias para tomar decisões informadas. Em função do que foi dito, não causa surpresa que logo aqui, no direito das sociedades, o termo *nexus of contracts* tenha sido tão proeminente. E entre ambos – direito contratual e direito societário – desenvolveram-se claramente campos intermediários que se tornaram áreas jurídicas próprias, como o direito do mercado de capitais, *outsourcing* e redes contratuais, que aqui são palavras-chaves. Tudo isso é muito menos marcante no direito de família e sucessões. Naturalmente, há partes do direito de família que são moldáveis, porém apenas partes. Além disso, o poder de formação lá é claramente mais limitado, de modo que não é, em todo caso, vivenciado de forma onipresente e em massa. O mesmo vale para o direito das sucessões, em que aproximadamente a metade do espólio fica reservada basicamente à família próxima e a outra metade fica a cargo do poder de disposição, constituindo limite tão somente os bons costumes (§ 138 BGB)¹¹. Isso está muito distante do sutil e diferenciado equilíbrio entre liberdade de formação e ordem de regulamentação (medidas de proteção) no direito contratual e societário. Em todo caso, é sempre o direito dos contratos que aparece como o modelo fundamental quando se discute acerca da liberdade de formação e seus limites no direito de família e, parcialmente, também no direito das sucessões.

Também ao lado do sistema de regulamentação, o direito contratual e o societário aparecem em destaque. Obviamente isso ocorre naquele campo jurídico que serve de modelo para cada sistema de regulamentação, seja na Alemanha ou em outros lugares. As regras sobre limitações de concorrência são bem orientadas por essas duas áreas do direito: o direito dos cartéis, pela liberdade de formação através do contrato, e as normas sobre controle de fusões, pela liberdade de formação no campo do direito societário. Depois do modelo e do direito da concorrência veio também, historicamente, o modelo da informação, como uma segunda e igualmente proeminente necessidade de política de regulamentação que

10 Para essa característica das regras de informação (apesar de seu caráter obrigatório): Grundmann, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, *CMLR* 39/2002, p. 269; Schön, *Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung*, *Festschrift Canaris* 2007, p. 1191.

11 Cf. as seguintes decisões do *Bundesgerichtshof* (Superior Tribunal Federal) encontradas em: *BGHZ* 111, p. 36, principalmente p. 39-40; 140, p. 118, sobretudo p.128; *BGH WM* 1983, p. 19-20. Não se deve desconhecer que o direito de sucessões, após a Revolução Francesa, se desenvolveu comparativamente para uma área jurídica sujeita à autonomia privada, embora nessa discussão ele não constitua a área-mor. Sobre esse desenvolvimento: Canaris, *op. cit.* (nota de rodapé 3); Parnes/Vedder/Willer, *Das Konzept der Generation*, 2008, p. 101.

deve ser satisfeita¹². As regras sobre informações têm seu campo principal de aplicação no direito contratual, mas também no contrato de trabalho e no direito societário¹³. E não por último, o direito constitucional, enquanto base de um quadro normativo para o direito privado, não foi aplicado de forma tão proeminente em nenhum lugar como no direito contratual, principalmente com as decisões sobre agente comercial e garantias¹⁴. Menos conhecido em geral, mas também similarmente denso, é o paralelo desenvolvimento constitucional no direito societário, com a proteção da minoria como correspondente da proteção da parte mais fraca no direito contratual¹⁵.

Se o poder de composição autônomo-privado e seu sistema de regulamentação forem vistos como o núcleo do direito privado, então a ligação mais intensa no direito privado parece ser entre o direito contratual e os dois mais proeminentes campos jurídicos adjacentes, ou seja, o direito societário e o direito do trabalho, precisamente no que tange às regras sobre contratos de trabalho. Até mesmo em codificações encontram-se exemplos de tal ligação, notadamente no *Codice Civile* italiano (Livro 5) e também no Código Civil brasileiro (com o direito societário disciplinado no Livro 2 da Parte Especial), porque esses códigos incluíram essas matérias, o que os “grandes códigos civis” não tinham feito.

Entender o direito contratual como direito formativo, no qual as partes regulamentadoras também devem ser pensadas conjuntamente¹⁶,

12 Conhecidamente, os problemas de informação conduziram, nos anos 70, a uma segunda grande “onda” de regulamentação do mercado, por exemplo, no direito dos mercados de capitais – depois da primeira, que dizia respeito aos problemas de restrições à concorrência. Responsável por isso foi principalmente a formação da economia de informação desde os anos 70, depois que a teoria econômica da concorrência plena (e com isso o direito de concorrência) esteve em primeiro plano. Acerca desse desenvolvimento na área da informação, confira-se: Akerlof, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, *Quarterly Journal of Economics* 84/1970, p. 488; Spence, *Market Signalling - Information Transfer in Hiring and Related Screening Processes*, 1974; Stigler, *The Economics of Information*, *Journal of Political Economy* 3/1961, p. 213; hoje, por exemplo: Magat, in: Newmann (coord.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2002, v. 2, p. 307-310 ('Information Regulation'); e Grundmann/Kerber/Weatherill (coord.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, 2001.

13 Veja no direito contratual: Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001; e Grundmann, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, *CMLR* 39/2002, p. 269; e Schulze/Ebers/Grigoleit (coord.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, 2003. No direito societário, confira-se: Grundmann, *Information und ihre Grenzen im Europäischen und neuen englischen Gesellschaftsrecht*, *Festschrift Lutter* 2000, p. 61; Grohmann, *Das Informationsmodell im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2006. No direito do trabalho: Riesenhuber, *Nachweispflichten – Ansprüche auf Information über Vertragsbedingungen im Europäischen und deutschen Vertragsrecht*, *Festschrift Bezzenberger* 2000, p. 721. Sobre todas as áreas citadas e os métodos gerais: Grundmann/Kerber/Weatherill (coord.), op. cit. (nota de rodapé 12) e Schön, *Festschrift Canaris* 2007, p. 1191.

14 Cf. as seguintes decisões da Corte Constitucional Alemã em *BVerfGE* 81, p. 242-263; e 89, p. 214-236.

15 Para uma análise detalhada, confira-se Hofmann, *Der Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht*, 2010. Evidente, o direito de família tem que ser mencionado nesse contexto, onde especialmente as regras sobre conflitos de leis (com referência à nacionalidade do marido) foram vistas como contrárias ao direito constitucional e, por isso, devidamente modificadas.

16 Cf. Collins, *Regulating Contracts*, 1999; e Grundmann, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, 1999.

produz consequências para o estilo: tomando-se a autonomia privada e a necessidade de proteção como ponto central, o direito contratual recebe uma marca que tradicionalmente é mais apropriada ao direito societário e econômico. O fato do direito contratual ser (e ter sido) pesquisado no contexto de áreas jurídicas nas quais formação, planejamento e política de regulamentação econômica têm um papel praticamente inexistente ou proporcionalmente pequeno – como a responsabilidade extracontratual, o direito das coisas, da família e das sucessões – fez com que o estilo na ciência jurídica contratual e na societária surpreendentemente se distanciassem. A ciência jurídica dos contratos e das obrigações é mais fortemente marcada pela dogmática, menos orientada à pesquisa de mercados, à formação e também à prática, mas exatamente tudo isso é característico para a ciência do direito societário, além de uma significativa orientação interdisciplinar. Embora o conceito de *Governance* seja de difícil compreensão, seu significado predominante no direito societário – e não no direito contratual – lança uma luz decisiva sobre a diferença de estilo, o que será mais adiante abordado (item IV/5). Sociedade e contrato ou *Firm and Market* – esse não é um “par” vivenciado na ciência do direito privado na Europa Continental. Para o direito contratual, a falta de uma visão conjunta com o direito das sociedades, enquanto segunda grande parte do direito privado orientado primariamente à autonomia privada, significa que os paralelos evidentes entre ambos são pouco discutidos – e isso em detrimento de ambas as disciplinas, mas talvez muito mais para o direito contratual e suas chances de desenvolvimento. Isso pode ser abordado através de quatro complexos de questões analisadas a partir de agora.

IV. LINHAS DE LIGAÇÃO ENTRE DIREITO ORGANIZACIONAL E DIREITO TRANSACIONAL (*FIRM AND MARKET*)

Se a seguir serão analisadas as conexões entre direito societário e direito contratual, então deve-se abordar em primeiro lugar o conteúdo nuclear de regras e princípios centrais – nomeadamente da conexão (abaixo 1) e da regulamentação da natureza de longo prazo da cooperação (abaixo 2) Em seguida, abordar-se-á algo mais abstrato: as importantes questões acerca das perspectivas e técnicas de regulamentação, mais precisamente quais são os efeitos externos da “obra normativa”, construída com base na autonomia privada (abaixo 3); qual a relação entre a autonomia privada e a função de proteção (abaixo 4) e quais paralelos se observam a partir

da perspectiva da análise da *Governance* (abaixo 5). Em tudo isso deve-se questionar se a divisão entre direito societário e direito contratual, que cinde os campos jurídicos, descreve a mesma separação largamente discutida na teoria econômica, com remissão a Ronald Coase: organização (*Firm*) e transação (*Market*) são aí entendidas como as alternativas centrais para a formação autônomo-privada¹⁷, pois, num caso, as transações necessárias para a produção são feitas dentro de uma instituição hierarquicamente organizada, enquanto, no outro, essas mesmas transações são feitas novamente e com parceiros que podem ser escolhidos pela parte.

1. Nexus of Contracts

Rede de contratos ou *nexus of contracts* – esse é um conceito tanto no direito contratual, quanto no direito societário. Além disso, a ideia central expressa através da terminologia nas respectivas áreas jurídicas não é tão distinta no seu ponto de partida. No direito contratual, trata-se, sobretudo, de saber quais efeitos são desencadeados em razão das partes quererem formar uma rede de contratos, tendo em vista que isso é imprescindível para o êxito de cada uma. Pensável seria primeiro se, por causa dessa circunstância, o conteúdo e a interpretação dos respectivos contratos individuais (elos da corrente) seriam modificados. Por exemplo: um prazo de prescrição só começaria a contar depois da conclusão do último contrato (*downstream* do produtor até o último vendedor e cliente). Também deveria se pensar se, por causa do objetivo por todos compartilhado (êxito da rede), poderiam surgir pretensões fora dos contratos individuais, isto é, além das fronteiras dos respectivos contratos, ou seja, pretensões diretas – por exemplo, de indenização – entre dois membros da rede, entre os quais, contudo, não existe nenhum contrato. Em última análise, trata-se de modificar o resultado alcançado no contrato individual em razão da existência da rede¹⁸. Os trabalhos sobre redes contratuais confirmam,

17 Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica* 4/1937, p. 386; Hayek, “Miracle of the market”; e Barnard, “Miracle of the firm”, *The Functions of the Executive*, 1938, p. 6 et passim. Atualmente: Easterbrook/Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 2ª ed., 1996, p. 8 et seq.; Eidenmüller, *Juristen-Zeitung* 2001, p. 1041s., especialmente p. 1042; e Hart, *Firms, Contracts, and Financial Structure*, 1997, especialmente p. 6-8, 15-55.

18 Veja-se (também acerca das diferentes opiniões defendidas no texto): Amstutz, *Vertragskollisionen: Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung*, *Festschrift Rey* 2003, p. 161s., principalmente p. 168-170; Cafaggi, *Contractual Networks and the Small Business Act – Towards European Principles?*, *European Review of Contract Law* 4/2008, p. 493; Grundmann, *Die Dogmatik des Vertragsnetzes*, *Archiv für die zivilistische Praxis (AcP)* 207/2007, p. 718s., principalmente p. 723s. (Cf. a versão em português: A dogmática das redes contratuais, *Revista de Direito Privado*, aguardando publicação); Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund - Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time aus sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht*, 2004, p. 25-28, p. 141-143, p. 161 et passim; e Wellenhofer, *Drittwirkung von Schutzpflichten im Netz*, *Kritische Vierteljahresschrift (KritV)* 2006, p. 187s., especialmente p. 192, 194 e 196 et seq. et passim.

sem exceção, uma das duas soluções descritas. As normas relativamente recentes e permitidas por muitos países a nível supranacional, como o direito de regresso na cadeia de vendas (Art. 4.º da Diretiva sobre Compra e Venda de Mercadorias da União Europeia) já sugerem ser essa também a visão do legislador europeu e nacional. A polémica gira principalmente em torno de saber se melhor seria optar pela solução das pretensões diretas ou das modificações nos respectivos contratos individuais, qual das duas deve ser entendida como regra e qual como exceção, a ser especialmente justificada.

No direito societário, a teoria do *nexus of contracts* tem uma linha de pensamento similar, mas naturalmente por outra razão. A ideia central parte do princípio de que a sociedade deve ser vista como a soma das relações contratuais entre um sócio e cada um dos demais, em função de que todos podem ter entre si direitos e pretensões diretas¹⁹. Essa ideia é propagada principalmente por autores alinhados à teoria econômica do direito, com a qual o individualismo metodológico é usado claramente como o axioma de qualquer observação econômico-institucional. Essa ideia dirige-se igualmente contra a concepção de que os sócios mantêm uma relação jurídica exclusivamente com a pessoa jurídica, não, contudo, com os demais sócios. Essa concepção acabou praticamente predominando, em particular na Alemanha, como prova o desenvolvimento da jurisprudência e da dogmática acerca do dever de lealdade, que cada acionário deve ter para com cada outro acionário, mesmo no direito das sociedades anônimas²⁰. Com isso, rejeitou-se a concepção de que cada acionista só teria relações jurídicas com a pessoa jurídica, que seria somente um instrumento para limitar a responsabilidade pessoal dos sócios, que não atuavam perante terceiros. A ideia de que existe uma relação entre

19 Protagonistas da teoria do '*nexus of contracts*': Alchian/Demsetz, Production, Information Costs and Business Organization, *The American Economic Review* 72/1972, p. 777s.; Coase, The Nature of the Firm, *Economica* 4/1937, p. 386s.; Cheung, The Contractual Nature of the Firm, *The Journal of Law and Economics* 26/1963, p. 1s.; Jensen/Meckling, Theory of the Firm – Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics* 3/1976, p. 305s.; Klein, The Modern Business Organization – Bargaining under Constraints, *The Yale Law Journal* 91/1982, p.1521s.; e Williamson, Corporate Governance, *The Yale Law Journal* 93/1984, p. 1196s.

20 O dever de lealdade (*Treupflicht*) vincula também todos os acionistas frente aos demais, bem como os pequenos acionistas face aos grandes acionistas da companhia: veja-se sobretudo a decisão do Superior Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) no repertório de jurisprudência *BGHZ* 103, p. 184s., princ. p. 194 (Caso Linotype), que tem sido confirmada muitas vezes desde então, por exemplo, em *BGHZ* 129, p. 136, princ. p. 142-144 (Caso Girmes, também para pequenos investidores); e *BGHZ* 142, p. 167s., princ. p. 169 et seq. (Caso Hilgers). Com posicionamento favorável, cf.: Henze, *Festschrift Kellermann* 1991, p. 151 et seq.; Hüffer, *Festschrift Steindorff* 1996, p. 59s., princ. p. 75 et seq.; Lutter, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 153/1989, p. 446s., esp. 449-452; id., *JZ* 1976, p. 225s., esp. p. 225-233; Wiedemann, *Festschrift Barz* 1974, p. 561s., princ., p. 569. Atualmente, aceito pacificamente na doutrina: Henze/Notz, *GroßkomAktG*, 4ª ed., 2004, anexo ao § 53ª, nº 7-9.

cada acionista e os demais resulta do fato de que todos os sócios têm um acordo comum, perseguem um objetivo comum e o lucro é distribuído segundo uma quota predeterminada. Dessa forma, cada sócio firma conceitualmente, de fato, esse compromisso com cada sócio, porque se um acionista toma mais que o correspondente a sua quota, viola automaticamente também o interesse pessoal de cada outro acionista. Por fim, a questão da proteção da minoria diz respeito principalmente a como assegurar-se de fato a quota acordada²¹ sem tirar da sociedade a flexibilidade necessária para seu desenvolvimento no futuro.

Como no direito contratual, também aqui a questão do *nexus of contracts* diz respeito ao dever direto e recíproco dos membros da rede quanto à manutenção do combinado. A resposta a essa questão é, a meu ver, em princípio, diferente nas duas áreas: enquanto no direito societário o dever direto diante de todos os membros forma a regra, na rede contratual isso constitui exceção. E a verdadeira razão disso encontra-se num ponto já mencionado: o lucro no direito societário é visto como um conjunto a ser partilhado segundo uma quota preestabelecida. Com efeito, no direito societário vige o mecanismo de que o lucro é obtido conjuntamente, ou seja, as contribuições são reunidas num *pool*, bem como as receitas, as quais são periodicamente distribuídas conforme um código ou mecanismo predeterminado. O fato de que o modo de distribuição pode ser extremamente benéfico para alguns membros (*societas leonina*) não altera em nada o conceito fundamental. No contrato e nas redes contratuais vige, ao contrário, o princípio do caixa separado. No primeiro caso, para a execução do combinado é preciso que cada membro tenha uma pretensão direta contra qualquer membro da rede que quebre o combinado, porque (i) o acordo comum sobre o *pool* e a distribuição foi, com efeito, violado e (ii) tal pretensão direta parece mais plausível em uma base legal conjunta conhecida e concebida por todos os membros, como é o contrato social. Com o princípio do caixa separado, ao contrário, não se constata sistematicamente uma infração contra os membros da rede com os quais os envolvidos não estão ligados contratualmente, pois o acordo parte exatamente do princípio de que cada um trabalha por si, ou seja, que nessa forma de organização as vantagens do mercado em relação à organização devem ficar mais preservadas. Na maioria das vezes, falta até um contrato comum e o contrato-rede aparece como mera ficção.

21 Veja, por exemplo, Grundmann, *Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand*, 1997, esp. p. 192-236 e 265-284; bem como Hofmann *op. cit.* (nota de rodapé 15).

Em questões de conexões, pode-se constatar uma significativa diferença no resultado em razão dos diferentes pontos de partida, isto é, se vige o princípio do caixa conjunto ou do caixa separado. E essa diferença caminha paralelamente ao ponto de vista fundamental, acentuado na teoria econômica, para a contraposição entre *Firm* e *Market*. A ideia dessa contraposição na teoria econômica é inspirada em um cálculo de custos que não é o mesmo nessas diferentes formas de organização: lá se coloca que na empresa (*Firm*) os custos de procura contínua por novos parceiros são menores (os denominados *search costs*), enquanto, inversamente, os custos de supervisão dos “membros da rede” são mais altos (os próprios custos, tanto quanto os danos resultantes de falhas na supervisão, os denominados *agency costs*) e no mercado ocorre exatamente o contrário. Os *agency costs* têm, à luz do princípio do caixa comum, uma relevância inteiramente diferente, o que será abordado novamente ao se tratar do tema das relações de longo prazo no direito dos contratos e das sociedades (abaixo 2).

O fato de existir entre ambas as formas de organização transições e casos-limites que suscitam problemas de classificação, não fala (como em geral) contra a delimitação em si, porque o critério de delimitação de caixa comum ou separado é muito básico. Se a finalidade comum falar a favor da vinculação básica e de relações diretas entre todos os membros da rede, e o simples objetivo da rede, em caso de caixas separados, falar contra relações diretas entre todos os membros da rede, isso não significa, contudo, que ambos os modelos não possam se aproximar parcialmente. De qualquer maneira, a autonomia privada permite que algumas regras do direito societário possam ser reproduzidas (por cláusula contratual) também na rede contratual – desde certos elementos do caixa comum até um órgão decisório comum para determinadas questões. E, inversamente, algumas questões sobre contribuição ou participação no lucro podem ser excluídas no direito societário ou mesmo no direito das sociedades anônimas e, conseqüentemente, não se aplicar aqui o princípio do esforço e do caixa comum. Isso, contudo, não faz com que a separação entre ambos os polos se torne menos necessária ou útil.

2. Contrato de longo prazo

O que foi dito até aqui tem efeito significativo sobre a segunda característica central, agora explicada. A teoria dos contratos de longo prazo baseia-se, sobretudo, em duas linhas de pesquisa: a das relações relacionais

(contratuais e em sociedades)²² e a da pesquisa de governança²³. Ambas partilham a cognição que sobretudo a impossibilidade de conhecer o futuro cria problemas completamente peculiares, que diferenciam fundamentalmente esse tipo de relação contratual dos clássicos contratos de troca de prestações simples. Nestes últimos, os acontecimentos imprevisíveis para as partes contratuais reduzem-se principalmente à questão se a outra parte cumpriu o contrato corretamente ou não. Um contrato completo, no qual todas as eventualidades encontram-se regulamentadas, é, de qualquer forma, concebível. Em particular, o dever de prestação pode ser concretamente esboçado. Mas exatamente isso, ou seja, a determinação precisa da obrigação, é impossível em muitos contratos de longo prazo, desde o seu ponto de partida (com exceções, como o contrato de aluguel).

Disso resultam riscos específicos: como as relações de longo prazo frequentemente exigem um alto investimento, é alto o risco de que a outra parte se aproveite dessa posição de fraqueza criada pela impossibilidade de se retirar e voltar atrás nesse investimento (o chamado oportunismo *ex-post*)²⁴. Um outro perigo similar existe decerto quando o arranjo jurídico permite uma manutenção excessiva ao contrato. Contratos – como os de trabalho, de crédito ou ainda os de sociedade – não podem produzir efeitos indefinidamente, como um benefício constante, através de uma exagerada proteção contra seu desfazimento. Muito mais importante é que as regras para a determinação da prestação devida durante o transcurso da relação contratual estejam estabelecidas, as quais

22 O termo “relacional” deve ser entendido como sinônimo de ‘mais intenso’ ou ‘criando uma verdadeira relação’ (de longo prazo). Macaulay distingue dois contratos: os que criam relações (*relations*) e os que não criam relações, mas apenas trocas simples e rápidas. Cf. Macaulay, Non-Contractual Relations in Business – a Preliminary Study, *American Sociological Review* 28/1963, p. 55s.; MacNeil, The Many Futures of Contracts, *Southern California Law Review* 47/1974, p. 691s.; Williamson, Markets and Hierarchies – Some Elementary Considerations, *American Economic Review, Papers and Proceedings* 63/1973, p. 316s. (cf. também as indicações na próxima nota de rodapé); Goldberg, Relational Exchange – Economic and Complex Contracts, *American Behavioural Scientist* 23/1980, p. 337s.; Klein/Crawford/Alchian, Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, *Journal of Law and Economics* 28/1978, p. 297s.

23 Williamson, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, *J. Law & Econ.* 22/1979, p. 233-261; id., *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985, p. 43-63 e 68-84. Sobre a combinação entre direito contratual e direito societário sob esse ponto de vista, veja-se Riesenhuber/Möslein, Contract Governance, *ERCL* 5/2009, p. 248s.

24 Sobre essa forma de oportunismo, veja-se as obras citadas de Williamson (última nota de rodapé); id., *Markets and Hierarchies – Analysis and Antitrust Implications*, 1975, passim; id., in: Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, v. 2, 1998, p. 703-710 (‘Opportunistic behaviour in contracts’); e também Arrow, The Economics of Agency’ in: Pratt/Zeckhauser (coord.), *Principals and Agents – The Structure of Business*, 1985, 37; Tirole, Incomplete Contracts – Where do we Stand?, *Econometrica* 67/1999, p. 741s.; Shell, Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts – Towards a New Cause of Action, *Vanderbilt Law Review* 44/1991, p. 221s.; Furubotn/Richter, *Institutions and Economic Theory – The Contribution of the New Institutional Economics*, 2^a ed., 2005, p. 135-154, 342-351 et passim; e Kotowitz, in: Durlauf/Blume (coord.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 5, 2008, p. 773-777 (‘Moral Hazard’).

substituem a própria descrição da prestação. Os pressupostos para essa regulamentação, que se coloca no lugar da descrição da prestação, constituem o objeto principal do direito dos contratos de longo prazo. Característico desses pressupostos é a “procedimentalização”: sempre se deve perguntar como o conteúdo do dever de prestação será determinado no futuro, tão logo as circunstâncias se esclareçam. Isso pode acontecer de modo consensual (princípio do consensualismo) ou, eventualmente, também com a inserção de um terceiro, por exemplo, com a transferência da decisão para uma “autoridade”.

O modelo realmente mais importante no direito contratual é o da relação de mandato, na qual uma parte age no interesse (e por conta) de outra e, por outro lado, só pode perseguir seu próprio interesse através da remuneração (*no hidden gains*). O modelo no direito societário é, em essência, a relação de mandato ou de fidúcia, na qual a respectiva administração é obrigada a agir para o caixa/empreendimento conjunto²⁵. A separação entre a persecução admissível dos próprios interesses e a vinculação exclusiva a interesses alheios é, decerto, mais difícil quando o administrador também é sócio. Não obstante, o modelo básico do dever de defesa dos interesses alheios também é determinante para o empreendimento comum. Isso significa, ao mesmo tempo, uma grande proximidade entre as relações contratuais continuadas e o dever dos respectivos órgãos de direção de promover a finalidade e de defender os interesses da sociedade – discussão que é capaz de encher várias bibliotecas no direito societário, diferentemente do que ocorre no campo contratual, onde pouco é o debate em sede de relações contratuais de longo prazo. A diferença não é evidentemente principiológica: a única distinção é que na situação contratual o agente age para interesse alheio de um caixa separado (do principal) e na sociedade a direção age para interesse – também alheio – de um caixa comum. Então, o agente na situação contratual também pode agir como *agent* para com a outra parte contratual, mas neste caso para caixa separado. Em outras palavras, especialmente a teoria do agente-principal, que tem como objeto central a vinculação ao interesse alheio

25 Sobre o dever de defesa dos interesses no direito societário (face ainda a um mero dever de agir conforme a boa-fé objetiva), veja Grundmann, in: *GroßkomAktG*, 4ª ed., 2008, § 136, n° 50-52; id., *Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand*, 1997, p. 202-220; Henze/Notz, in: *GroßkomAktG*, 4ª ed., 2004, Anexo ao § 53a, n° 53 et seq.; Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, 21ª ed., 2009, § 26, n° 26; e Fleischer, in: Schmidt/Lutter (coord.), *Aktiengesetz*, 2008, § 53a, n° 55.

nas relações de longo prazo²⁶, deve ser entendida como uma teoria de natureza societária e contratual.

Para a diferenciação básica acima abordada entre *Firm and Market*, isso significa que, a propósito da incerteza do futuro e da reação a esse dilema, a linha demarcatória entre *Firm* e *Market* ou sociedade e contrato transcorre diferentemente do que quanto ao critério da conexão. Se fosse possível, de fato, sob o ponto de vista dessa interligação, diferenciar entre direito societário e contratual da mesma forma que *Firm and Market*, então, essa linha de demarcação seria outra sob o ponto de vista do desconhecimento do futuro e da reação a esse dilema. Sob esse ponto de vista, a linha limítrofe corre através do direito contratual: o modelo de altos custos de busca e custos menores de supervisão é válido para os contratos de trocas simples (de uma só vez). O modelo inverso é válido para contratos de longo prazo: aqui aumentam os custos de supervisão (incluindo os de supervisão falha) e diminuem os custos de busca.

Determinante para o nível dos custos respectivos é o respectivo arranjo jurídico, que pode resultar, em larga medida, igual nos contratos de longo prazo e nos societários: em relação ao desfazimento do contrato ou da relação societária (limites altos ou não), à importante questão da compensação depois do desfazimento (exclusão ou não), quanto a outros direitos. Enquanto todas essas questões são amplamente discutidas no direito societário, a ponto de reinar segurança jurídica em relação a elas, o mesmo não acontece quanto aos contratos de longo prazo²⁷. Por consequência, certos arranjos – classificados do ponto de vista econômico como equivalentes funcionais e não alternativos, e que aparecem fixados paralelamente pelas estruturas básicas de custo e estímulos – são discutidos em diferentes áreas jurídicas, no direito societário e no direito contratual (dos contratos de longo prazo), sem a menor consideração dos paralelos. Numa sociedade de prestação de serviços, com um alto número de contratos de longo prazo, a linha demarcatória corre no campo contratual

26 Cf. Jensen/Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics* 3/1976, p. 305s.; Jensen/Meckling, Separation of Ownership and Control, *Journal of Law and Economics* 26/1983, p. 301s.; atualmente: Roe, *Strong managers and weak owners – the political roots of American corporate finance*, 1994; Shleifer/Vishny, A survey of corporate governance, *Journal of Finance* 52/1997, p. 737s.; boa descrição também em Ruffner, *Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft – ein Beitrag zur Theorie der Corporate Governance*, 2000, p. 131 et seq. Para uma visão estritamente contratual dessas questões, veja Schweizer, *Vertragstheorie*, 1999, p. 33-85 e 230-238.

27 Quanto às relações contratuais de longo prazo, a doutrina no continente não é muito rica, veja: Jickeli, *Der langfristige Vertrag*, 1996; Niklisch (coord.), *Vertragsnetzwerke komplexer Langzeitverträge*, 2001; Kern, *Ökonomische Theorie der Langzeitverträge*, *Juristische Schulung* 1992, p. 13s.; e mais especificamente sobre a questão do desfazimento, Oetker, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994.

entre contratos de troca simples e contratos (de serviços) de longo prazo, e não entre direito societário e direito contratual.

Já que principalmente a divisão entre direito societário e direito contratual transcorre nos mais abalizados círculos de discussão, até nos órgãos legislativos na Alemanha e na União Européia, os pressupostos para uma discussão conjunta das correspondências funcionais entre contrato e sociedade não estão de modo nenhum assentados, porque os órgãos competentes são diferentes. O resultado do fato dessa distinção transcorrer diferentemente sob os pontos de vista do caráter da continuidade da relação e da conexão é interessante também para a alternativa *Firm and Market*, pois a ligação de contratos de longo prazo a redes contratuais forma uma das mais importantes – senão a mais – forma real da modelagem contratual de produção (contratos de fornecimento) e distribuição, assim como nas questões de financiamento e aquisição de capital.

3. Visão interna e externa

O significado fundamental do desenvolvimento do direito de mercado de capitais para o direito societário e econômico já foi introdutoriamente mencionado. Existe uma visão interna e uma visão externa que acaba por diferenciar, por exemplo, a governança interna da governança externa quanto à questão do parâmetro de influência e processo decisório. Assim, por exemplo, quanto à posição de influência dos acionistas, distingue-se entre a influência exercida na assembleia geral (*Voice*) e a exercida através de compra ou venda nos mercados de capitais (*Exit* e *Wall Street Rule*). Ambas as dimensões estão com frequência intensamente conectadas entre si. Isso ocorre claramente nas normas sobre aquisição hostil, porque a aceitação da oferta (*Exit*) conduz tipicamente à reestruturação no órgão de direção, enquanto titular central das decisões (e as decisões são o paradigma de *Voice*). Igualmente intensa é a conexão entre efeitos internos e externos na questão da organização da remuneração dos diretores da sociedade que, em decorrência da crise financeira, é vista também em sua potencial eficácia face a terceiros. Esse exemplo mostra claramente como a visão externa também é fortemente indicada no direito dos contratos, pois conhecidamente constatavam-se incentivos de remuneração de curto prazo, principalmente nos operadores imediatos, os corretores de títulos (*Brokers*).

A crise financeira acaba de mostrar que o credo fundamental para a organização do Código Civil, com a separação entre direitos relativos

e direitos absolutos nos Livros 2 e 3, provoca consequências muito problemáticas, porque a eficácia dos contratos face a terceiros foi e continua sendo esquecida. Revela mais precisamente que uma imprudente concessão de crédito também pode atingir terceiros; que a securitização e a revenda posterior entre as entidades de propósito específico (*Special Purpose Vehicle*) e os investidores faz crescer exponencialmente a disposição de assunção de riscos do concesso original do crédito; que uma nota de risco (*Rating*) irresponsável prejudica sobretudo terceiros, quartos e quintos e que um comportamento de investimento em massa (comportamento em bando) faz os riscos se tornarem muito sistêmicos. A crise financeira é também uma crise científica. E também uma crise para o princípio da relatividade no direito dos contratos e, conseqüentemente, para a ciência do direito contratual. Isso tem uma longa tradição. Em um dos casos mais proeminentes de eficácia para terceiros de relações contratuais internas, a eficácia externa de acordos fiduciários foi entendida – de acordo com o credo tradicional – como um tipo de direito “quase real” e com isso dissimulou-se o problema geral de que os contratos também produzem efeitos externos²⁸.

Nos exemplos dados até aqui trata-se, sobretudo, de eficácia negativa das relações contratuais sobre terceiros, o que já foi longamente discutido. De fato, discutiu-se (Seção III/3) há pouco o exemplo clássico para o direito contratual, ou seja, o contrato de cartel – que, porém, é tipicamente discutido em outros círculos além dos especializados em direito contratual. Isso mostra que as questões e os campos de regulamentação devem ser mais intensamente integrados na ciência do direito contratual (abaixo 4). O exemplo da eficácia externa negativa é somente um no qual se revela a necessidade de uma discussão sistemática acerca da eficácia externa dos contratos. Conceitualmente, deve-se distinguir – no direito societário, assim como no direito contratual, especialmente no direito dos contratos de longo prazo – quatro dimensões: *eficácia externa negativa do contrato sobre terceiros*; *eficácia externa positiva sobre terceiros*, que é discutida intensamente, porém de forma isolada, com a figura do contrato com eficácia protetora para terceiros; e, inversamente, as possibili-

28 Confira-se, de um lado, acerca da visão majoritária do conceito de direitos “quase reais”: Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, *Festschrift Flume* 1/1978, p. 371s., esp. p. 411-419; Kötz, *Trust und Treuhand – eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen Trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts*, 1963, p. 140 *et passim*; e de outro, acerca da eficácia para terceiros de relações contratuais, Grundmann, *Der Treuhandvertrag* (nota de rodapé 25), p. 318-324 e 328-331 (com mais referências acerca da visão majoritária, p. 312).

dades positivas e negativas de influência de terceiros sobre o contrato. Foi a discussão sobre governança no direito societário que acabou por trazer para o centro a problemática da repercussão externa sobre a organização. Aqui deve-se registrar o direito de aquisição hostil, a *Wall Street Rule* e, no essencial, toda a *Corporate Governance* externa. Sobretudo o comportamento em massa não é, em princípio, sequer um campo de pesquisa desenvolvido para a ciência do direito contratual.

4. Integração de formação e regulamentação

Concluindo, deve-se colocar novamente sob exame o *proprium* do direito privado acima esboçado. Trata-se dos dois grandes complexos de regras no direito contratual e também no direito societário: de um lado, as regras que devem ser entendidas principalmente como uma oferta às partes, uma vez que complementam o arranjo negociado pelos contratantes, substituem-no em casos de lacunas e que estão à disposição nas negociações como diretrizes ou “pontos de apoio”, isto é, a chamada *ordem contratual reserva*²⁹; e de outro lado, aquelas que intervêm no direito contratual e no direito societário com o objetivo de regulamentar e proteger principalmente os interesses de terceiros não representados no processo negocial ou das partes mais fracas.

Tomando em consideração esses dois grupos de regras, constata-se no direito societário desde o início – em todo caso, já há muitas décadas – um estreito entrelaçamento. Com o direito de controle de fusão e de fiscalização sobre ramos específicos (precisamente, de fornecedor de serviços financeiros) existem áreas de regulamentação que são tradicionalmente vistas como claramente separadas do direito societário. No direito do mercado de capitais (com a proteção do investidor), isso já é visto hoje majoritariamente como uma visão ultrapassada, acentuando-se a ligação interna entre direito das sociedades e direito do mercado de capitais³⁰. De qualquer modo, a proteção de credores, a proteção da minoria e, na

29 Para direito societário, veja por exemplo: Procaccia, *The Corporate Code as a Standard Form Contract – General Theoretical Remarks and Implications for German Law*, *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 1990, p. 169s., 171 et seq.; para direito contratual, Grundmann, *Europäisches Handelsrecht - vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 163/1999, p. 635s., especialmente p. 650.

30 Cf. Fleischer, *Das Aktiengesetz von 1965 und das neue Kapitalmarktrecht*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2006, p. 451s.; Grundmann op. cit. (nota de rodapé 9), n.º 5 et seq., p. 1314; Mülbert/Birke, *Das übernahmerechtliche Behinderungsverbot - die angemessene Rolle der Verwaltung einer Zielgesellschaft in einer feindlichen Übernahme*, *Wertpapier-Mitteilungen (WM)* 2001, p. 705, esp. p. 709; Teichmann, *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (ZGR)* 2001, p. 645s., princ. p. 663, 671, 675 e 678 et seq. Por fim, para todo o debate acerca da formação e extensão de um direito de sociedades por ações cotadas em bolsas de valores, confira-se as indicações da nota de rodapé 32.

Alemanha, também a representação de importantes *stakeholders* (partes interessadas), principalmente a representação de empregados, são vistas desde o princípio como parte genuína do direito societário, especialmente no direito das sociedades anônimas e das empresas listadas em bolsas de valores. Essa também é a visão do legislador constitucional europeu, que reuniu esses objetivos de proteção em uma única norma (art. 50, § 2º, alínea g do Tratado de Lisboa, que substituiu o idêntico art. 44 do Tratado da UE). Por outro lado, nas demais partes – também no direito das sociedades por ações – inúmeras são as possibilidades de arranjo e as correspondentes “sugestões” do legislador. Depois do que foi dito, a parte maleável do direito societário, passível de composição, parece se estender especialmente no direito das sociedades anônimas e das sociedades de capital: com o princípio *Comply or Explain* em toda a extensa área da *Corporate Governance*, bem como com a crescente implementação de uma liberdade de escolha do direito e, conseqüentemente, de uma concorrência entre diferentes legisladores nessas áreas.

Exatamente na direção oposta transcorre o desenvolvimento no direito contratual, o que deve ser visto no conjunto como tendência à convergência. Também lá havia, como exposto, a tradição de separar a parte reguladora, principalmente através das normas contra limitações da concorrência e do direito de fiscalização sobre áreas específicas (sobretudo na área financeira). Por outro lado, faltou durante muito tempo qualquer parte reguladora “dentro” do direito contratual, ou seja, estreitamente entrelaçada com a parte passível de composição, isto é, com a ordem contratual reserva. No entanto, nas últimas décadas houve progressivamente o surgimento dessa parte reguladora no direito contratual, que, na realidade, aparece em alternância ao clássico direito contratual, essencialmente orientado à formação do contrato. O direito do consumidor apresenta-se como paradigma. Tem-se aqui um claro exemplo de um direito contratual regulamentador – para a proteção no mercado da parte contratual mais fraca – mas, sem dúvida, existe uma estreita relação para com o restante do direito contratual, que é semelhante, por exemplo, à relação, no direito societário, entre a proteção dos credores e a liberdade dos fundadores de estabelecer a estrutura do capital da sociedade.

Em nenhum lugar isso se mostra tão claro como no direito de compra e venda, no qual o direito internacional de compra e venda (comercial) da ONU serviu de modelo para a diretiva europeia sobre compra e venda

a consumidores que, por sua vez, serviu de modelo para a transposição no direito da perturbação da prestação do direito geral das obrigações, mais precisamente, do direito contratual do BGB. Ou seja, importantes modelos servem tanto para o direito dos contratos comerciais, como para os contratos de consumo e para o direito contratual geral. Ao lado aparecem também algumas áreas, como o direito da concorrência desleal (principalmente no que tange à propaganda), que em importantes partes se inserem cada vez mais no amplo direito da preparação e conclusão do contrato. Também as normas contra discriminação devem ser mencionadas atualmente nesse contexto. Quão nova é essa visão para o direito contratual, comprova-se, dentre outros, no fato de que a integração dessa área ainda provoca uma “guerra religiosa” no direito contratual, o que hoje sequer é o caso no direito societário em relação à integração da proteção dos credores, das minorias e dos investidores. E esses setores não são ainda vistos como direito contratual³¹, de modo que até as recentes sugestões de codificações encaram de maneira reservada ou hostil uma verdadeira integração dessa parte regulamentadora do direito contratual³².

Enquanto o estilo do debate sobre composição e regulamentação ainda é muito diferenciado no direito societário e no direito contratual, a relação de tensão aqui explanada é hoje igualmente marcante para ambos os campos jurídicos, tanto com um quadro normativo que não parece verdadeiramente integrado no direito contratual ou no societário e que, por isso, fica “externo” aos mesmos (precisamente, o direito contra limitações de concorrência), como também com as partes regulamentadoras que aparecem estreitamente interligadas com aquelas passíveis de arranjo.

5. *Governance* e Direito como infraestrutura da formação

O exposto até aqui tem uma estreita ligação com as pesquisas realizadas sob o manto do termo *governance*. Originalmente – em *Williamson* – elas foram relacionadas na mesma medida aos contratos (de longo prazo) e às organizações societárias. Enquanto no direito societário elas percorre-

31 Veja-se somente 9^ª. Justificação (2^ª frase) no preâmbulo da Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005 sobre práticas comerciais desleais das empresas face a consumidores no mercado interno, que altera a Directiva do Conselho 84/450/CEE e as Directivas do Parlamento Europeu 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, JO L 149 de 11.06.2005, p. 22

32 Isso se aplica também ao Quadro Comum de Referência (Common Frame of Reference - CFR). Sobre o Grupo de Estudos sobre o Código Civil Europeu e de Pesquisas em Direito Privado da União Europeia (Grupo Acquis), veja-se Christian von Bar/ E. Clive / H. Schulte-Nölke et al. (coord.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008, agora nova edição com comentários. O DCFR levou em consideração somente as partes da regulamentação que o *acquis communautaire* já havia implementado no direito contratual, por exemplo, o direito contra discriminação e os deveres de informação, não, ao contrário, as partes com conteúdo contratual da área da concorrência desleal (veja nota de rodapé anterior) ou regras sobre isenções de bloco, dentre outras.

ram um impressionante caminho de desenvolvimento³³, no direito contratual até agora somente os pioneiros falam de uma “*contract governance*”. E, apesar disso, é de se esperar muito aqui: uma forte internacionalização, forte interdisciplinaridade, uma intensa visão conjunta de relação interna e efeitos externos da organização, e principalmente o forte foco sobre técnicas e ideias de regulamentação, que trouxe toda a discussão da governança corporativa para o direito societário. A crise financeira, com seus múltiplos problemas contratuais, pode funcionar como um gatilho. A cooperação cada vez mais íntima entre o regulamentador público e o privado, que cria o arranjo normativo, deve ser vista igualmente nesse contexto. E não por último a ideia de que o direito funciona como verdadeira infraestrutura da ação parece tão especialmente importante no direito contratual e societário, porque sem sua infraestrutura uma ação sequer parece possível, o que é evidentemente diferente em casos de ações ilícitas³⁴. Com efeito, não se pode entrar num contrato sem o direito, mas pode-se cometer um ilícito sem o direito. Em suma, trata-se essencialmente do planejamento futuro do arranjo através de consenso.

V. PANORAMA: UNIDADE COMO QUESTÃO DE FORMULAÇÃO NORMATIVA

O direito privado é concebido a partir da autonomia privada e da autonomia das partes, além da regulamentação, que conserva suas condições de operação. Se o *proprium*, a essência do direito privado for vista nisso – ou mais ainda na citada relação de tensão – então deve-se refletir acerca da unidade do direito privado: nem o direito civil, nem o direito das obrigações podem formar seu núcleo. É preciso antes de tudo visualizar os principais campos de formação autônomo-privada e principalmente também sua visão conjunta. Já foi abordado quão importante é essa compreensão de visão conjunta à partir da perspectiva da crise financeira, assim como quão importante essa compreensão é também para o direito con-

33 Veja, por exemplo, Barbiera, *Il Corporate Governance in Europa – Amministrazione e controlli nelle società per azioni in Italia, Francia, Germania e Regno Unito*, 2000; Hommelhoff/Hopt/von Werder (coord.), *Handbuch Corporate Governance*, 2003; Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge (coord.), *Comparative Corporate Governance – the State of the Art and Emerging Research*, 1998; Hopt/Wymeersch (coord.), *Comparative Corporate Governance – Essays and Materials*, 1997; Keasy/Thompson/Wright (coord.), *Corporate Governance*, 4 v., 1999; McCahery/Moerland/Raaijmakers/Renneboog (coord.), *Corporate Governance Regimes – Convergence and Diversity*, 2002; Pinto/Visentini (coord.), *The Legal Basis of Corporate Governance in Publicly Held Corporations – a Comparative Approach*, 1998; Zingales, in: Newmann (coord.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 1998, v. 1, p. 497-502 ('Corporate Governance').

34 Para o conceito do Direito como infraestrutura, veja-se Windbichler, *Neue Betriebsformen und ihr Einfluß auf das Kaufrecht*, *AcP* 198/1998, p. 261, esp. p. 271; e sobre direito societário, bem como sobre relações de duração continuada, Clark, in: Pratt/Zeckhauser, *op. cit.* (nota de rodapé 24), p. 55, esp. p. 60-72.

tratual substancial, sobretudo numa sociedade prestadora de serviços, onde predominam os contratos de prestação de serviço de longo prazo e para uma economia interligada.

Olhando para um futuro não muito distante, a questão não se coloca somente como uma questão de discussão e pesquisa do direito contratual. Ela se coloca de modo mais concreto também como uma questão de *layout* da codificação: se se deve definir de outro modo a unidade, isso não pode deixar intactas as codificações, que em grande medida atuam como formadoras de estruturas, nem mesmo uma moderna codificação europeia. A questão que se coloca é se o código europeu não precisa ser projetado de forma totalmente diferente do que até agora concebido. Há uma “pequena” e uma “grande” resposta para essa pergunta.

A pequena resposta parte da reflexão de que uma necessidade de harmonização – e com isso também uma necessidade de codificação – emerge no direito civil substancialmente só para o direito contratual. O direito contratual por si só é irrenunciável enquanto matéria de uma codificação – não, contudo, o direito da responsabilidade civil extracontratual, nem outras matérias cíveis tradicionais, porque a diversidade nestas matérias não cria obstáculos entre os países da União Europeia. A pequena resposta seria que se deve concentrar no direito contratual e que as particularidades do moderno direito contratual não devem ser regulamentadas de forma módica a fim de que haja capacidade suficiente ainda para outras áreas jurídicas, como o direito da responsabilidade civil, todo o direito do enriquecimento sem causa, a administração sem mandato e grandes partes do direito das coisas – o que não pode ser explicado aqui em detalhes, sob pena de ultrapassar os limites deste artigo³⁵. Deixando essas outras matérias à parte, não as codificando, deixa espaço para aquilo que é verdadeiramente importante para o mercado comum: o direito contratual precisa ser disciplinado de modo que os contratos de longo prazo, as redes contratuais, as perspectivas de regulamentação da ordem do mercado e uma diferenciação entre os vários tipos de partes contratuais encontrem aí o seu lugar. Isso não funciona no contexto de um “direito civil” europeu, como se vê na estrutura do Quadro Comum proposto: o direito contratual moderno assim concebido é tão complexo e, se

35 Grundmann, The Structure of the DCFR – Which Approach for Today's Contract Law?, *ERCL* 4/2008, p. 225, esp. p. 227-235 e 238-246; com referência à crítica comum de outros autores, confira-se principalmente Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems, *Oxford Journal of Legal Studies* 2008, p. 659s.

for disciplinado com os detalhes necessários, não aguentará mais complexidade, fruto da compilação ainda de outras matérias que têm pouco em comum com o direito contratual. A nova construção de um direito civil, composto primariamente de acordo com critérios formais, bloqueia uma estrutura moderna.

A grande resposta seria mais corajosa. Parte da mesma ideia de um direito contratual detalhado e diferenciado, mas põe a pergunta se a codificação não deveria ir ainda mais adiante: não seria possível incluir num código moderno também as linhas fundamentais para o uso da autonomia privada, (i) para o direito societário e todas as matérias nas quais a autonomia privada tem um papel importante, (ii) para a relação entre o direito dispositivo e a regulamentação do mercado e (iii) para a relação entre efeitos internos e externos dos contratos e das sociedades? Tais linhas fundamentais – também de questões de formação e regulamentação societária – poderiam igualmente gerar efeitos marcantes em escala europeia: para a discussão científica; para o processo legislativo nos Estados-membros e parcialmente também para a jurisprudência da Corte de Justiça Europeia. O legislador do Código Civil alemão de 1900 foi bastante corajoso com a inclusão da associação e da sociedade de direito civil, e principalmente o do *Codice Civile* italiano. O direito das sociedades de capital, tão importante para a harmonização, talvez não devesse ser incluído em detalhes para não aumentar a complexidade. Mas as linhas bases da autonomia privada e da regulamentação – como definidas acima sob (i) a (iii) – teriam que ficar num Código Contratual de todas as formas. Tratar-se-ia, então, de um código que incorporaria as preocupações centrais da atual economia de mercado. Um código de direito privado europeu da formação autônomo-privada e da necessidade de regulamentação – uma visão muito corajosa? ❖

A Prova Ilícita na Lei N. 11.690/08

Sauveí Lai

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado pela Universidade Estácio de Sá. Professor da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e IURIS.

I. DA INTRODUÇÃO

Em meados de 2008, o legislador editou três importantíssimas normas sobre o procedimento do Júri (Lei n. 11.689/08), as provas (Lei n. 11.690/08) e o procedimento comum ordinário e sumário (Lei n. 11.719/08), em vez de enfrentar a difícil elaboração de um novo CPP, como um corpo único e organizado sem provocar distorções entre as suas regras, como se vê, *v. g.*, na ordem de inquirição de testemunha do art. 212, *caput et in fine* (Lei n. 11.690/08) e do art. 473 (Lei n. 11.689/08).

Entretanto, o prof. Sérgio Demoro já nos advertia em julho de 1998, *in textus*:

“(...) as chamadas reformas setoriais, que se de um lado buscam dar solução para situações que, no entender do legislador, exigem pronto remédio, do outro apresentam o **grave risco da fragmentação do sistema**, ensejando a que, aos poucos, o próprio CPP deixe de existir como um todo orgânico.”¹ (meu grifo)

Estas breves anotações discorrem sobre alguns aspectos da prova ilícita originária, mas não pretendem exaurir o *thema*, porém colaborar com o imprescindível debate na doutrina mais abalizada.

II. DA PROVA ILÍCITA ORIGINÁRIA

De início, note-se que o art. 157, *caput* resolveu definir provas ilícitas “assim entendidas as obtidas em violação de norma constitucional ou legal”, preconizando as suas consequências, isto é, a inadmissibilidade e o desentranhamento do processo.

¹ DEMORO HAMILTON, SÉRGIO. *A Reforma do Processo Penal*. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 8, p. 275.

Neste passo, penso que a nova conceituação legal possui características um pouco abstratas, sendo preferível, em termos didáticos, reputá-las como aquelas produzidas com a profanação de um direito material do indiciado/réu (por ex., confissão mediante tortura) ou com a transgressão de uma regra procedimental (v. g., obrigar o testemunho de um padre, desprezando-se a vedação do art. 207).

Deste conceito, extrai-se a famosa classificação da prova ilícita (gênero) em prova ilícita (espécie) e ilegítima.

Neste ponto, lembro da lição de Paulo Rangel² que enxerga uma terceira modalidade: a prova irregular, quando se fabrica uma prova com a inobservância de uma formalidade processual (por ex., a utilização de documento no Plenário do Júri, juntado com antecedência de apenas 2 dias, contrariando o novo art. 479).

De outra sorte, as consequências do reconhecimento de uma prova ilícita não são uma novidade no pensamento pátrio, porquanto, na medida em que a inadmissibilidade sempre conteve previsão constitucional (art. 5º, LVI derivada do *exclusionary rule* da 4ª emenda norte-americana), o desentranhamento do processo já era sustentado na doutrina³, que aplicava por analogia o art. 145, IV do CPP. A diferenciação dessas duas consequências assume relevância medular, quando se analisam as 4 etapas do procedimento probatório (proposição, admissão, produção e valoração), de modo que o Juiz, ao verificar *ab initio* a ilicitude de uma prova proposta pela parte, deve indeferir a sua produção, inadmitindo-a. Contudo, se a percepção se der após a sua criação processual, impõe-se a sua retirada dos autos.

Questão interessante exsurge por ocasião da preclusão da decisão de desentranhamento da prova ilícita. Reza o art. 157, § 3º que compete ao Juiz proferir nova decisão para a sua destruição, que pode ser acompanhada pelas partes. Repita-se que a destruição ocorrerá tão somente quando precluir a decisão de desentranhamento da prova ilícita, de forma que se conclui que tal *decisum* comporta, a meu ver, recurso em sentido estrito (art. 581, XIII), salvo se a apreciação sobrevier na sentença (art. 593, § 4º).

A esta altura, chamo a atenção quanto ao veto do § 4º do art. 157 (“O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”), que cominava o afastamento do

2 RANGEL, PAULO. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 15ª ed., 2008, p. 431.

3 POLASTRI LIMA, MARCELLUS. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 372.

Juiz, quando este reconhecia uma prova ilícita, retirando-o por completo do processo. Imagino que a recusa da sanção se sucedeu por uma questão de ordem prática, qual seja, os transtornos de renovar toda a instrução criminal perante o Juiz substituto – sob pena de ofensa ao princípio da identidade física do art. 399, § 2º – e a pequena quantidade de Juizes no país. Entretanto, se de um lado não obriga o Juiz a sair do processo, nada impede que este se afaste por motivo íntimo (art. 135, *in fine* do CPC, por analogia).

Por outro lado, mudando o rumo do exame da Lei n. 11.690/08, percebe-se que esta deixou passar a oportunidade de adotar o princípio omnivalente da proporcionalidade (*verhältnismässigkeit* do direito alemão) ou – como queiram chamar – da razoabilidade (decorrente do *due process of law* da 5ª emenda norte-americana), para afastar a *exclusionary rule* e admitir a prova ilícita *pro reo*, como se patrocina na doutrina, embora alguns autores – Paulo Rangel⁴ e Afrânio Silva Jardim – sustentem a sua licitude por força do estado de necessidade.

De toda sorte, inobstante a reforma não autorizar expressamente o uso da prova ilícita em favor do réu, venerando-se o princípio da razoabilidade, tampouco o vedou.

Neste aspecto, chego a um ponto nodal e polêmico: retomar, ainda que sucintamente, a discussão, ventilada profeticamente pelo prof. Sérgio Demoro em janeiro de 2000⁵ – apesar de parecer tão atual –, sobre a adoção do princípio da razoabilidade, visando à utilização processual da prova ilícita *pro societate*, **de modo excepcional**, sem prejuízo da punição do violador do direito material ou processual.

Forçoso reconhecer a solidez de seus argumentos, cuja releitura se faz obrigatória. Passo a agitá-los superficialmente, para uma nova reflexão, desprovido da profundidade do nosso homenageado, sob a advertência de que todos nós, sem exceção, não concordamos nem somos patrocinadores da violação de direitos constitucionais ou legais.

Entretanto, verifica-se que a regra da inadmissibilidade da prova ilícita (art. 5º, LVI) está na mesma Constituição, na qual ampara o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, que nas palavras do prof. Sérgio Demoro “(...) resulta **destacado no caput** do dispositivo”⁶ (meu grifo).

4 RANGEL, PAULO. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 15ª ed., 2008, p. 431.

5 DEMORO HAMILTON, SÉRGIO. “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 11, p. 259.

6 DEMORO HAMILTON, SÉRGIO. “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 11, p. 259.

Não me parece sensato que o *abuso* do direito de defesa e do direito à limitação do art. 5º, LVI da CR devam **sempre** sacrificar outros direitos tutelados constitucionalmente, quando confrontados. Por este motivo, todas as normas jurídicas são vistas dentro de um contexto – e não isoladamente – e “sujeitas a uma interpretação razoável, sob pena de se transformarem em preceitos injustos e irracionais”⁷, sendo válido trazer à colação o seguinte *decisum, ipso litteris*:

“Numa análise apressada da **jurisprudência americana** anterior a 1987, pode-se constatar que a *Exclusionary Rule* **não é tomada em termos absolutos**. Como em termos absolutos **não é tomada na Alemanha**, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, **pode haver no outro prato da balança, o peso do interesse público** a ser preservado e protegido.”⁸ (meu grifo)

Em síntese, é o perigoso conflito entre a eterna e imutável prevalência do interesse individual em detrimento do bem comum, que desafiaria tratados sociológicos de maior extensão.

De fato, o contexto histórico da limitação do art. 5º, LVI da CR revelava um país pós-ditadura e traumatizado por sistemáticas violações de direitos individuais, quando havia uma primazia do Poder estatal em prejuízo de seus cidadãos, como meditou José Carlos Barbosa Moreira⁹. Vinte anos depois da promulgação da Carta Magna a nossa realidade mudou. É fato público e notório que o crime organizado – sobretudo as facções do tráfico de drogas em algumas cidades – desafia o Estado, colocando em risco a convivência social, pacífica e harmoniosa.

Retorno aos aspectos jurídicos desta reflexão: admitindo-se a prova ilícita *pro societate*, o imbróglio, como alertava o prof. Sérgio Demoro, seria traçar limites ao subjetivismo da aplicação do princípio da razoabilidade e identificar as hipóteses extravagantes, que mereceriam legitimá-la, em vez de conceder um poder ilimitado ao Juiz.

O prof. Sérgio Demoro – com o bom-senso que lhe é peculiar – riscava algumas linhas de contenção¹⁰: 1) tão somente nos casos de crimes gravíssimos; 2) desde que não houvesse outras provas que pudessem atingir

7 DEMORO HAMILTON, SÉRGIO. “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 11, p. 259.

8 STJ, HC 3.982/RJ, Min. Adhemar Maciel.

9 BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 4, p. 112/113.

10 DEMORO HAMILTON, SÉRGIO. “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 11, p. 264/265.

a verdade real do processo penal; 3) mediante fundamentação judicial pormenorizada; e 4) em decisão, obviamente, recorrível.

Restringiria ainda mais: 1) aos crimes hediondos e equiparados, perpetrados através de violência física ou grave ameaça, salvo delito de tráfico de drogas; 2) aos cometidos por réu reincidente ou com maus antecedentes, integrante de organização criminosa; e 3) com previsão de efeito suspensivo ao recurso interposto contra esta decisão de admissibilidade da prova ilícita *pro societate*.

Ao Juiz, caberia examinar estas restrições, *cum grano salis*, para se adotar o princípio da razoabilidade na admissão da prova ilícita *pro societate*.

III. DA CONCLUSÃO

Por derradeiro, considero as mudanças examinadas na Lei n. 11.690/08 positivas, no aspecto geral, modernizando e regramdo normativamente a prova ilícita.

Todavia, alguns aspectos deste instituto precisam ser aprimorados na interpretação doutrinária e na aplicação jurisprudencial, como a adoção **excepcional** do princípio da razoabilidade na admissibilidade da prova ilícita *pro reo et pro societate*.

Como não se trata do objetivo deste artigo, deixo de me debruçar sobre o regramento legal, feito pela reforma do CPP (art. 157, § 1º), quanto à vedação da prova ilícita por derivação, cuja origem se situa na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana (*fruits of the poisonous tree*), bem como quanto à sua exceção da fonte independente (*independent source*), prevista no art. 157, § 1º, parte final. Curioso é que, por uma obra destino, o art. 157, § 2º, ao conceituar fonte independente, acabou dando a definição de descoberta inevitável (*inevitable discovery*)¹¹, cuja diferença navega no plano hipotético, ou seja, no alto grau de juízo de probabilidade, provado pela acusação, de que a prova ilícita por derivação seria descoberta de qualquer modo pelos trâmites “**típicos e de praxe**” da investigação (convido à leitura e à explicação do *leading case Nix V. Williams* de 1984, no site <http://www.fbi.gov/publications/leb/1997/sept697.htm>). Feitas essas singelas digressões, submeto as minhas palavras às construtivas críticas. ❖

11 PACELLI DE OLIVEIRA, EUGÊNIO. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 10ª ed., 2008, p. 310.

Uma releitura a respeito do ônus da prova no processo penal

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

1. O atual Código de Processo Penal regulava o ônus da prova no art. 156, ao registrar que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, complementando a assertiva com a afirmação de que o Juiz poderá, no decorrer da instrução criminal ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (Livro I, Título VII, Capítulo I).

Por outro lado, a “Exposição de Motivos”, que acompanha o atual CPP (Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941), deixa claro que:

*“Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o Juiz não deverá pronunciar o **in dubio pro reo** ou o **non liquet**” (item VII).*

Não se pode negar que a “Exposição de Motivos” demonstra, por força do sistema adotado, que o “poderá”, constante do art. 156, nada mais é que um “deverá”, gerando um dever jurídico para o Juiz: o esgotamento das provas. Verifica-se, destarte, que, embora agindo de forma supletiva ou meramente complementar, o Juiz se viu investido do dever de atuar suprindo a omissão das partes. Concede-se, assim, ao julgador um poder inquisitivo em matéria probatória, compreensível, em razão do sistema misto adotado pelo Código de 1941.

2. Que é ônus?

A parte não tem o dever de provar. Caso não o faça, corre os riscos de sua omissão. Se o Ministério Público tem em seu poder documento que comprova a pretensão punitiva estatal, mas não o fez juntar aos autos, isto é, não exerceu o *onus probandi* que lhe competia, sofre a pena por

sua omissão, deixando de obter êxito na ação penal que propôs. Porém, **sob o aspecto estritamente processual**, inexistente qualquer dever por parte da acusação de produzir aquela prova. Diga-se o mesmo em relação ao réu.

Tornaghi¹, em passagem expressiva, salienta que o encargo ou ônus nada mais é que uma “obrigação para consigo mesmo”, pois a omissão acaba por prejudicar aquele a quem aproveitaria.

3. A lei 11.690/2008, que reformulou grande parte do Título VII do Livro I, relativo à prova no processo penal, no particular (art. 156, II) repete, em linhas gerais, a regra do Código de 41. Dá também ao Juiz a “faculdade” de providências de “ofício” “para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Tal “faculdade” corresponde ao “poderá” do art. 156 do Código dos anos 40, em sua anterior redação, uma vez mantido, na reforma de 2008, como natural, o sistema do livre convencimento do Juiz (art. 155).

4. Nessa ordem de ideias, o Projeto de Lei do Senado, de nº 156, de 2009, proveniente dos trabalhos da Comissão Mista de Juristas², criada pelo Requerimento nº 227, de 2008, que dispõe sobre o novo Código de Processo Penal, regulou a matéria no Livro I, Título VIII, Capítulo I, assinalando, no art. 162, que “As provas serão propostas pelas partes”. Faculta, no entanto, ao Juiz, antes de proferir sentença, “esclarecer dúvida sobre a prova produzida” (art. 162, parágrafo único). A referência feita ao art. 4º do Projeto, no único parágrafo do art. 162, está a demonstrar que o processo penal terá a estrutura acusatória, vedando-se ao Juiz a iniciativa da colheita de dados na fase de investigação (inquérito policial ou qualquer peça de informação) ou, ainda, qualquer atividade de persecução criminal.

Da leitura do Projeto, conclui-se que a iniciativa das provas incumbe às partes, atuando o magistrado, supletivamente, com o fito de “esclarecer dúvida”. Nesse ponto, não se afasta, no essencial, do tratamento que o *thema* merecera no atual CPP, com a nova redação que lhe imprimiu a Lei 11.690, de 09 de junho de 2008.

Não é objetivo do presente trabalho proceder a um exame sobre o ônus da prova, tema suficientemente estudado, de modo especial e com profundidade, no âmbito da doutrina nacional e estrangeira³.

¹ TORNAGHI, Hélio, **Curso de Processo Penal**, v. I, p. 306, Editora Saraiva, 1989.

² Compunham a referida comissão o Ministro Hamilton Carvalhido (Coordenador da Comissão), Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator-Geral), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

³ O leitor interessado no aprofundamento do assunto encontrará precisas informações em LIMA, Marcellus Polastri, *Manual de Processo Penal*, p. 30 e seguintes, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009; TORNAGHI, Hélio, **Curso de Processo Penal**, v. I, p. 265 e seguintes, Editora Saraiva, 1989 e muitos outros autores nacionais de igual renome. Na doutrina

A finalidade dos conceitos básicos emitidos na parte inicial do presente artigo a respeito do ônus da prova teve em mira, tão somente, situar a matéria no âmbito da legislação brasileira recente, sem esquecer a forma com que o assunto encontra-se regulado no Projeto de CPP, em discussão no âmbito do Congresso Nacional.

5. Na verdade, o que se pretende, em breve apanhado, é demonstrar que, apesar dos dizeres da lei em vigor (11.690/2008), não mais se aplica a atividade inquisitiva do Juiz em favor da acusação, mas somente quando em jogo prova que possa beneficiar a defesa.

Já externara tal colocação doutrinária em estudo antigo, a ela aludindo dentro de um contexto mais amplo, que envolve o exame da prova em geral, voltado, no entanto, para a ação penal de iniciativa privada⁴.

Com efeito, na matéria, nosso *ius positum* não faz qualquer distinção entre a acusação e a defesa. Na realidade, o art. 156, II, autoriza ao Juiz determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Sua atividade supletiva, nesse ponto, reveste natureza nitidamente inquisitiva, além de abrangente de ambas as partes.

Não me parece, contudo, que a acusação, atuando como parte autora, deva merecer a benesse. Não se pode negar que o *Parquet*, na atualidade, goza das mesmas garantias constitucionais da magistratura, não se concebendo, assim, que dois órgãos do Estado venham a funcionar como acusadores: o Ministério Público, exercendo sua atividade fim e o Juiz, suprindo a omissão do primeiro. Cabe ao *Parquet* provar aquilo que alega em sua *causa petendi*. Caso não venha a fazê-lo, incumbe ao Juiz prolatar sentença, mesmo que a omissão do Ministério Público guarde relação com ponto relevante que possa influir no deslinde da causa penal.

Já em relação à defesa tal não se dá. Seria inimaginável que o advogado do réu, por desídia ou qualquer outra causa, deixasse de produzir prova que pudesse acarretar a absolvição de seu cliente (acusado) ou, quando menos, minorar a sua situação processual (diminuir a pena, por exemplo), e o Juiz restasse inerte, atuando como mero expectador do desenrolar do processo.

estrangeira, podem ser anotados, entre outros, MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, volume terzo, p. 148/150, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1932-X; CORDERO, Franco, *Procedura Penale*, p. 635/640, Giuffrè Editore, 1966, Varese e ACERO, Julio, *Procedimiento Penal*, quarta edición, p. 213 e seguintes, editorial José M Cojica, Jr., S.A., Puebla, 1956.

4 Peça vênua ao leitor para remetê-lo ao meu estudo "A disciplina legislativa da prova penal", in, *Doutrina*, v. 7, p. 276 e seguintes, Instituto de Direito, Rio de Janeiro, 1999.

Pode-se afirmar que a lei não fez distinção quando cogitou do ônus da prova. Porém, a leitura que aqui se propõe apontar do art. 156, II é a que mais se mostra adequada aos termos da Constituição Federal, que, em seu art. 5º, tutela o direito à liberdade em um primeiro plano, quando se ocupa dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II, Capítulo I, art. 5º).

O direito à liberdade é o preceito norteador que deve prevalecer numa nova leitura do texto da lei processual em conformidade com a Constituição Federal, tendo em conta, igualmente, a adoção do sistema acusatório pela nossa Carta Magna (art. 129, I da CF).

Dessa forma, a atividade inquisitiva do Juiz só deverá ser exercitada no sentido de trazer eventual benefício para a defesa.

6. Bem sei que haverá sérias objeções em relação à posição doutrinária aqui expendida.

6.1. O primeiro obstáculo, sem dúvida ponderável, reside na preterição do princípio da igualdade das partes, um dos pilares da teoria geral do processo.

Não se pode negar, no entanto, que o processo penal apresenta peculiaridades, que o tornam singular, havendo nele nítidas distinções em relação aos princípios que regem o processo civil. E tal se dá, como de fácil constatação, pois que nele sempre encontra-se em jogo a liberdade individual, direito indisponível por excelência.

Veja-se, desde logo, que a igualdade das partes não assume o caráter de dogma no processo penal. A própria legislação processual encarrega-se de fazer a distinção ao ocupar-se dos recursos. Assim, ao versar sobre os embargos, sejam eles infringentes sejam eles de nulidade, privilegia a defesa ao admiti-los, somente, em favor do réu (art. 609, parágrafo único, do CPP).

6.2. Até bem pouco tempo, admitia-se, no rito do Júri, o Protesto por Novo Júri, recurso privativo do réu, agora extinto por ocasião da reforma processual de 2008.

Pois bem: tanto quanto eu saiba, jamais discutiu-se a constitucionalidade daqueles dois recursos, um deles ainda vigente.

6.3. Por outro lado, a ação de revisão criminal dos processos findos só pode ser proposta pelo réu quando condenatória a sentença (art. 621 e art. 623 do CPP), desde que, evidentemente, satisfeitas as exigências da lei. E o próprio Supremo Tribunal Federal buscou facilitá-la através do verbete

constante da Súmula 393, mediante o seguinte enunciado: “para requerer revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão.”

6.4. O princípio da verdade real também não se veria afetado. Aliás, na realidade, no decorrer da ação penal o que se busca é a mera verdade processual, que é aquela possível de ser demonstrada e que, mais frequentemente, acredito, reflete a verdade provável. Como já disse alhures, a verdade real somente o Padre Eterno pode conhecer. Nós, pobres mortais, temos que nos contentar, dentro dos nossos limites, com a prova que os autos retratam.

Por sinal, o recurso de embargos infringentes e/ou de nulidade e a ação revisional, acima referidos, revelam, de forma inequívoca, como o princípio da verdade real não assume o caráter de dogma em nosso processo penal.

Mas não é somente no CPP que ele sofre mitigação. A Lei 9.099, de 26.9.95, ao admitir a transação penal (art. 76), é outro exemplo bem nítido de que o princípio da verdade real não reveste caráter absoluto, podendo, em certos casos, ser atenuado em razão de valores considerados mais relevantes pelo legislador.

6.5. No campo das provas ilícitas e ilegítimas, quebra-se, mais uma vez, o princípio da igualdade das partes, não obstante a regra do art. 5º, LVI, da CF estabelecer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, sem que haja distinção entre as partes. Com efeito, quer na doutrina, quer na jurisprudência, têm-se admitido o emprego de prova ilícita e da prova ilegítima quando elas são usadas *pro reo*. Agora, é a jurisprudência a negar tratamento igual para a acusação e para a defesa, muito embora o Texto Magno não cogite estabelecer diferença entre as partes.

Não seria o caso de adotar-se o princípio da proporcionalidade⁵, deixando-se para o Juiz, diante da hipótese, optar pela posição que mais atendesse aos ideais de justiça, sopesando os bens jurídicos em confronto para pôr em relevo aquele que fosse merecedor de maior valor?

Esta, no entanto, não é a orientação seguida pelo Pretório Excelso, tudo a demonstrar que o princípio da igualdade das partes, na voz do supremo intérprete da lei, nem sempre é considerado quando confrontado com o direito à liberdade.

5 Ainda uma vez mais, caso haja interesse, remeto o eventual leitor ao meu estudo sobre a matéria, “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e autofagia do Direito”, in *Revista do Ministério Público RJ*, 3ª fase, nº 11, jan-jun 2000, p. 253 e seguintes.

7. Chega-se, pois, às seguintes conclusões:

7.1. Dúvida não pode haver de que o atual Código de Processo Penal adotou o sistema acusatório (art. 129, I, da CF e art. 162 do CPP).

7.2. Dessa maneira, não se justifica que o juiz promova diligência no sentido de suprir a omissão do Ministério Público quanto ao ônus que o *Parquet* tem de provar.

7.3. Assim, a leitura correta, art. 156, II, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, deve banir qualquer atividade inquisitiva por parte do Juiz em favor da parte autora, desde que, não importa a razão, venha ela a omitir-se quanto ao seu ônus de provar.

7.4. De outra banda, o Projeto do CPP, em exame no Congresso Nacional, igualmente prestigia o sistema acusatório.

7.5. O princípio de igualdade das partes não se apresenta como um dogma, cedendo passo, em mais de uma passagem da lei, ao princípio do *favor libertatis*. Diga-se o mesmo em relação ao princípio da verdade real (*rectius*, processual).

7.6. O princípio do *favor rei*, até mesmo em sede jurisprudencial, como vimos, vem sendo admitido quando da valoração das provas ilícitas, permitindo-se o seu uso somente quando *pro reo*.

7.7. Assim também deverá ser em matéria de ônus da prova, levando-se em conta a inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, *caput*, da CF) vista em compasso com o sistema acusatório.

É a exegese que me parece adequada em sede do estudo do ônus da prova no processo penal. ❖

O afeto entre enteados e padrastos

Siro Darlan

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

As histórias infantis reservam para padrastos e madrastas um papel de vilão que não corresponde à realidade. O afeto existente entre enteados e padrastos tem demonstrado que essas histórias precisam ser reescritas. A mais recente conquista é a possibilidade de inclusão do nome do padrasto ou da madrastra, como decorrência do afeto, nos assentos do registro civil do enteado ou enteada.

Esse direito, agora assegurado pela Lei 11.294/09, é o reconhecimento do afeto como valor jurídico, uma vez que sendo o nome um direito personalíssimo que serve como meio de identificação da pessoa, significa que a permissão para sua alteração implica em alterar a sua própria essência. E é decorrência direta do reconhecimento do afeto existente entre o enteado e o padrasto que opta por colocar em seu próprio nome a identificação daquele com quem convive e de quem guarda um reconhecido afeto.

Escolhendo o uso do patronímico do padrasto, o enteado está materializando o compromisso da paternidade que de fato existe entre ambos. Há uma eleição baseada no convívio, que forja o caráter das pessoas que convivem, daquele que é o verdadeiro pai.

Isso só é possível porque há um princípio regente de toda a legislação inscrita no artigo 1º da Carta Magna, que é o da dignidade da pessoa humana e da valorização do afeto familiar como base da sociedade brasileira. É razoável que o enteado possa inserir em seu nome o patronímico daquele que considera como "pai" ou "mãe".

A jurisprudência dos Tribunais Superiores já demonstra sensibilidade especial no sentido do reconhecimento desse direito, como no voto oportuno da eminente Ministra Nancy Andrighi, em sede do Recurso Especial 1069864 (publicado no DJE 03/02/2009):

"Não há como negar a uma criança o direito de ter alterado seu registro de nascimento para que dele conste o mais fiel retrato da sua

identidade, sem descurar que uma das expressões concretas do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é justamente ter direito ao nome, nele compreendido o prenome e patronímico".

Como corolário da representação da socioafetividade aliada ao cuidado no universo do Direito, acrescente-se que não será preciso que o enteado tenha relação prejudicada com seus genitores biológicos para a inclusão do nome do padrasto ou da madrasta, uma vez que a inclusão do patronímico apenas refletirá a afinidade com os mesmos, podendo inclusive ser mantidos os nomes de família originários.

As relações familiares modernas tem-se apresentado das formas mais variadas, e diante da amplitude permitida pelo texto constitucional para o conceito de entidade familiar, destaca-se a referência de Fachin, que afirmou que "O liame genético (embora fundamental) por si só pode não explicar a base real das relações paterno-filiais. Um filho escreveu o Prof. João Baptista Villela, "tem que ser mais alguma coisa ao invés de ser simplesmente filho".

Consoante se depreende do texto, a lei 11.924/09 inseriu o §8º no artigo 57 da Lei dos Registros Públicos:

"§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família."

O legislador estabeleceu, portanto, cinco pressupostos legais para se obter o direito à inclusão do nome de família dos padrastos ou madrastras em seu nome de família:

1. Que haja um requerimento judicial ao juiz competente – a inclusão do nome só poderá se operar mediante autorização judicial. Caberá ao magistrado, no caso concreto, tomando por base o atual conceito de família, avaliar acerca do cabimento da alteração nominal.

2. Que haja expressa concordância do padrasto ou madrasta – o patronímico só poderá ser incluído no nome do enteado se houver expressa concordância dos interessados. Como se vê, a inclusão do nome de família decorre justamente do reconhecimento do valor jurídico conferido ao afeto, além de que ambas as partes envolvidas deverão estar de acordo. O sentimento de amor há que ser bilateral.

3. A lei autoriza a manutenção dos apelidos de família com a inclusão do patronímio do padrasto ou da madrasta. O nome original será mantido, havendo apenas um acréscimo. Os vínculos originários de filiação não são prejudicados com essa alteração.

4. O prazo legal exigido da convivência familiar é de cinco anos. Esse prazo decorre de uma interpretação analógica que fixa o mesmo prazo para a averbação do registro de nascimento de conviventes e pessoas casadas e divorciadas.

5. O legislador impôs ainda um requisito de ordem subjetiva que é o motivo ponderável a ser analisado sob o prudente arbítrio do juiz. Dessa forma, enfatiza-se mais uma vez que esse motivo ponderável seria a existência do afeto existente entre os interessados.

A possibilidade de inclusão do nome de família do padrasto ou da madrasta por parte do enteado insere-se na lógica da parentalidade socioafetiva. O pressuposto é que haja amor entre os interessados, que esse sentimento adquira um valor jurídico quando visualizada sua existência envolvendo pais e aquele que é tratado como se filho fosse, independente do liame sanguíneo, e que sirva para produzir efeitos sobre a efetiva existência de uma relação paterno/filial entre tais pessoas.

O afeto ocupa lugar de destaque nesse novo sistema de filiação, tal como ocorre na adoção e em outras uniões pautadas na socioafetividade.❖