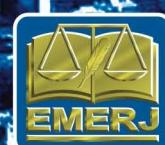
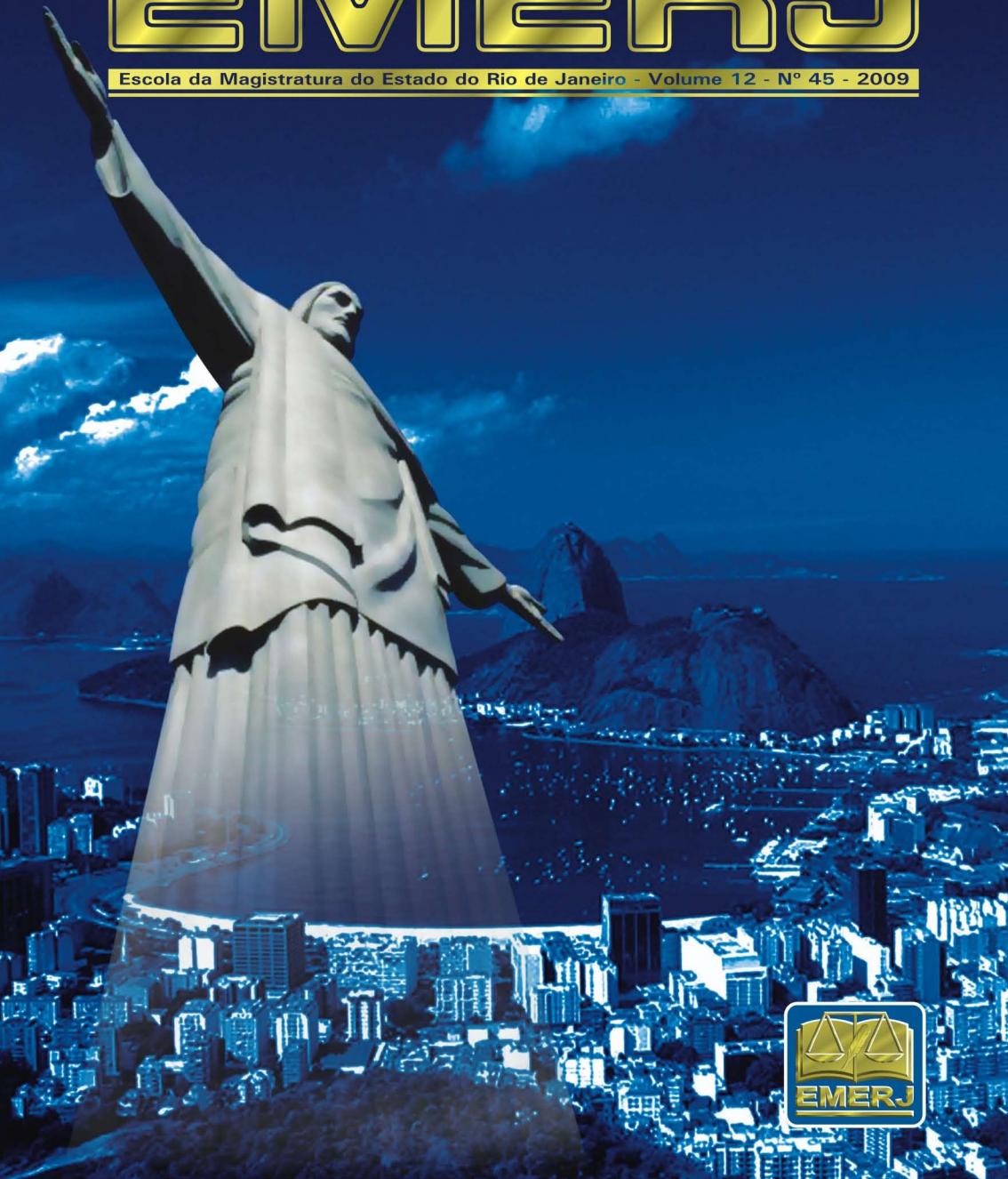


ISSN 1415-4951
(versão impressa)

Revista

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Volume 12 - Nº 45 - 2009



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 12 - n. 45 - 2009
Janeiro/Fevereiro/Março

Rio de Janeiro

© 2009, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

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

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

Impressão: Divisão de Artes Gráficas - TJ/RJ.

Tiragem: 3.500 exemplares.

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

Rio de

Janeiro:
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

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

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

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

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

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



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

Conselho Consultivo

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e

Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Indio Brasileiro Rocha

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



Apresentação

Nesta primeira edição da Revista da EMERJ em 2009, registro o fato principal da eleição de novo Diretor-Geral para a ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Desembargador Manoel Alberto Rebêlo dos Santos, cuja posse ocorreu simultaneamente com a da Direção do Tribunal de Justiça, a 3 de fevereiro de 2009. A eleição dos que estarão ocupando os cargos da administração do Tribunal de Justiça definiu como Presidente, o Desembargador Luiz Zveiter, como Corregedor-Geral da Justiça, o Desembargador Roberto Wider, como 1º, 2º e 3º Vice-Presidentes, respectivamente, Exmos. Desembargadores Antonio Eduardo Ferreira Duarte, Paulo Roberto Leite Ventura e Desembargadora Valéria Garcia da Silva Maron. Espera-se, naturalmente, que o novo Diretor-Geral da Escola realize gestão em tudo semelhante às de Diretores anteriores, todos de aprimoramento da instituição. Assim ocorreu nos dois mandatos exercidos pelo Exmo. Senhor Diretor-Geral, Paulo Roberto Leite Ventura, encerrados a 31 de janeiro de 2009.

Não é fora de propósito referir-me também a tema de artigo desta edição, que trata de matéria do interesse jurídico dos colegas em exercício em Vara da Infância e da Juventude.

O tema é objeto de artigo da lavra do Juiz Dr. Rodrigo Faria de Souza, da 2ª Vara da Família de Nilópolis e de outro magistrado, que apresentou diversa interpretação ao art. 50 do Código da Criança e do Adolescente. Entendeu este que, mesmo na hipótese de ocorrer adoção dirigida, com indicação dos pais adotivos pelos pais biológicos, não haveria violação do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deveriam os pais biológicos, em tais casos, ser afastados da escolha daqueles que viriam a ser os pais adotivos? Preceitua aquele artigo do Código: “A autoridade judiciária manterá, em cada Comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro, de pessoas interessadas na adoção”.

Desejo realçar, igualmente, o excelente artigo do Desembargador Alyrio Cavallieri sobre reforma do Estatuto da Criança, que assinala o tratamento diverso no processo contra menor no Código Penal. A resposta ao crime cometido pelo adulto pode ser proporcional à ofensa, não, porém, quando se trata de criança ou adolescente em que não se há de aplicar o princípio da proporcionalidade, porque a preocupação, em primeiro lugar, deve ser com o menor, não com a infração.

Também realce especial merece a palavra de um membro da Academia Brasileira de Letras, o Doutor Alberto Venâncio Filho, sobre a figura notável do Advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto. Trata-se de artigo que acolhemos por transcrição de outra Revista, editada pelo Centro Dom Vital, do Rio de Janeiro. Bem que há muito precisava a Revista da EMERJ acolher manifestação objetiva, como a que o Professor Alberto Venâncio Filho traçou do perfil daquele brasileiro que honrou a profissão de advogado, cujo falecimento veio se dar próximo dos seus cem anos de idade.

Finalmente destacamos neste número a exposição por demais justificada, em trabalho no Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça, do Desembargador Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos. Em levantamento cuidadoso são apresentados 170 verbetes da Jurisprudência por demais conhecida nas Câmaras e que podem ser aprovados, para que se reduzam os julgamentos de numerosos processos em matéria semelhante.

Des. Décio Xavier Gama
Coordenador da REVISTA

Sumário

Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida

17

Carlos Roberto Barbosa Moreira

Advogado. Professor Auxiliar (concursado) de Direito Civil da PUC/RJ.

1. A manutenção do instituto do fideicomisso no Código de 2002, com os artigos do Código de 1916 e com três dispositivos novos, o art. 1.952, com seu correspondente § único e o art. 1.954. 2. A importância particular do art. nº 1.952, cujo *caput* acha-se assim redigido: “A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador”. A Doutrina de Pontes de Miranda na vigência do Código de 1916, quanto à possibilidade de nomeação dos não concebidos, em razão da parte final do art. 1.718, como exceção à regra, e as opiniões em contrário que predominaram. 3. A fonte de inspiração do art. 1.718 de nosso Código Civil de 1916 situava-se no Código Civil italiano, de 1865 (art. 864). As afirmações que podem ser extraídas de Pontes segundo a Doutrina da época. 4. A distinção entre, de um lado, instituição (direta) de não concebidos e, de outro lado, a do fideicomisso, também ressaltada pela Doutrina. 5. O que dispõem o BGB, a legislação suíça (art. 545 do Código Civil) e o Código da Espanha. 6. Pode-se concluir: dos estudos até aqui feitos, é que a) a vocação dos não concebidos é direta (não há fideicomisso), b) o nascimento (com vida) do filho constitui uma *conditio iuris* da delação sucessória, c) os frutos produzidos pela herança cabem ao sucessor, d) cabe ao administrador gerir o patrimônio que lhe destinou o *de cuius*. 7. As novas regras do art. 1.800 con-

sagram as idéias que, na vigência do Código de 1.916, expunha Pontes de Miranda (art. 1.718). 8. A semelhança da situação do sucessor concepturo e a do fideicomissário cuja concepção ainda não tenha ocorrido na data da resolução do direito do fiduciário.

O Sucesso Continuado da Primeira Reforma Monetária da História Brasileira Feita em Regime Verdadeiramente Democrático

Marcos Cavalcante de Oliveira

Advogado e Professor de Direito Civil com MBA e Mestrado em Direito Social e da Empresa, além de Pós-Graduação no Exterior.

1. Valor e poder de compra da moeda; 2. Valor da moeda e a inflação; 3. Efeito da inflação sobre credores e devedores; 4. Plano Real: primeira reforma monetária da história brasileira feita num regime verdadeiramente democrático; 5. A moeda de transição e o regime de duas moedas simultâneas; 6. Indexação geral pela URV; 7. Criação da nova moeda: o “real”; 8. Conversão das obrigações de “cruzeiro real” para “real”; 9. A polêmica em torno do art. 38 da Lei nº 8.880/94; 10. Jurisprudência “em construção” sobre o art. 38 do Plano Real.

37

Extensão da Falência e o Grupo de Sociedades

Jorge Lobo

Procurador de Justiça (aposentado) do MP - Rio de Janeiro. Professor da EMERJ.

I. A Jurisprudência. II. Extensão da falência no Direito pátrio. III. Extensão dos efeitos jurídicos da falência às sociedades do mesmo grupo econômico. IV. Grupo de sociedades. V. Desvirtuamento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. VI. Responsabilidade da sociedade controladora.

74

Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos

87

Antonio Celso Alves Pereira

Professor de Direito Internacional da UERJ e da UGF. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

I) Introdução. II) Forma mais simples e eficiente de realização dos Direitos Humanos. A proteção judicial fundamental consagrada em documentos internacionais, como no art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. III) As sentenças da Corte Interamericana (art. 66) são obrigatórias às partes em litígio como também a todos os Estados membros. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em funcionamento, a partir de junho de 1979. IV) A Corte Interamericana de Direitos Humanos já acumula substanciosa e inovadora jurisprudência em 145 sentenças sobre a violação de variados dispositivos da mesma Convenção que, por não serem proferidas por tribunal estrangeiro, mas por organismo internacional vinculado à OEA, fazem parte dos Estados que as ratificaram (art. 2º e art. 68.2 da Convenção).

O Aperfeiçoamento do Estatuto da Criança e do Adolescente 119

Alyrio Cavallieri

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Ex-Juiz de Menores do antigo Estado da Guanabara.

O livro *Le Purgatoire d'un Juge*, autobiografia da Juíza de Menores de Paris, Elizabeth Catta, relatando audiência com um pivete, levanta discussão sobre a proporcionalidade no Direito do Menor (Criança e Adolescente), quanto à resposta ao crime (ato infracional) praticado pelo menor, matéria ainda sem consenso na Teoria como na Doutrina. Quer com relação ao adolescente, tanto quanto ao adulto, a resposta ao delito deve ser proporcional à ofensa contida no seu ato? No Direito Penal paira a idéia do pagamento a partir da pena mínima, para depois se pensar na personalidade do réu. Quando se trata do adolescente, a primeira

preocupação do julgador está na personalidade “independente do seu pecado” e só depois verá a medida que possa responder à ofensa. Diferença entre pena criminal e medida socioeducativa. No Direito do Menor (Criança e Adolescente), a proporcionalidade tem caráter subsidiário, mas caminha-se, atualmente, para a reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem levar em conta a diferença substancial entre o agente da infração à lei por adolescente e a prática de delito previsto no Código Penal. Apelos por um bom e eficaz aperfeiçoamento do Estatuto (ECA).

A Proibição da Emenda da Mora na Ação de Busca e Apreensão (Dec. Lei 911/69). Alterações Introduzidas pela Lei 10.931/04

Marco Antonio Ibrahim

Desembargador do TJ/RJ.,

1. Inaplicabilidade nas relações de consumo. 2. A profunda alteração introduzida pela Lei n° 10.931/04 no regime de busca e apreensão de bens adquiridos através de financiamento com cláusula de alienação fiduciária. 3. A Doutrina de José Afonso da Silva e de Ugo Natoli, bem como a de Melhim Chalhub em sua recente obra **Negócio Fiduciário** (3^a edição, 2006, Renovar, p. 204/216).

Jurisdição Massificada e Jurisprudência Casuística: Um Método de Racionalizar e Suportar

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos

Desembargador do TJ/RJ.

1. O novo papel do Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - CEDES, após sua revitalização pela Resolução n° 04/01. 2. Sistematização da jurisprudência e elaboração de verbetes específicos.

3. A pacificação de teses jurídicas discordantes, por meio da realização de seminários para exame de algumas questões apreciadas em bloco, sem depender da existência de casos concretos. 4. Democratização do Judiciário. 5. Redução que se logrou obter no tempo médio para julgamento na 2^a instância, de 158 dias em 2003, para 106 no ano de 2006. 6. Inocorrência de superposição de matérias, não obstante enunciados minudentes (vide verbetes 75 e 87 do Tribunal). 7. Imperiosidade da participação dos Juízes de 1^a grau na elaboração do direito pretoriano. Daí a elaboração de enunciados acompanhados das respectivas justificativas, que refletem o entendimento das Câmaras na atualidade e que merecem o exame do Tribunal para que se reduza ainda mais o número de processos semelhantes a tantos outros.

Adoção Dirigida: Vantagens e Desvantagens 184

Rodrigo Faria de Souza

Juiz de Direito da 2^a Vara de Família, Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Nilópolis - RJ.

1. A previsão de lista no Juízo da Infância e da Juventude com inscrição de pessoas que desejam receber em adoção crianças trazidas ao Juizado para esse fim. O entendimento de que somente dessa lista de preferência seria possível selecionar os pais adotivos. 2. Razões de muitos pais que já têm a adoção como consumada pela convivência já prolongada do filho biológico com pais já afeiçoados ao menor. 3. Direito de escolha dos pais biológicos ou, pelo menos, direito de opinar quanto a quem devem seus filhos ser entregues para adoção. 4. Questão divergente na Doutrina e na Jurisprudência.

Sobral Pinto, o Advogado 195

Alberto Venâncio Filho

Membro da Academia Brasileira de Letras - ABL.

Notáveis homens que se consagraram na defesa de muitas vítimas de injustiça. Como advogado, RUY BARBOSA

se consagrou como defensor de causas que emolduram a nossa história. Tantos outros, como José de Oliveira Fagundes, que fez a defesa no processo em que foi condenado Tiradentes, designado que foi pela Santa Casa de Misericórdia, quando atuou em tempo reduzido e em condições muito difíceis na época. Nenhum deles se sobreleva à figura de Rui Barbosa, embora tantos foram os notáveis e extraordinários advogados que se destacaram desde o século XIX, como os que se apresentaram para defesa dos Bispos Macedo Costa e Vital de Oliveira. Heráclito Fontoura Sobral Pinto foi outro cuja vida de advogado se assemelha à do jurista baiano. Aceitou a nomeação do Conselho da OAB para fazer a defesa de Luiz Carlos Prestes e Harry Berger depois da recusa de numerosos outros advogados antes designados, sem prejuízo de divergir frontalmente da ideologia dos acusados. Vencendo a resistência dos acusados, réus, a defesa deles, presos por oito anos, e para quem teve que invocar a Lei de Proteção dos Animais, tais eram as condições da prisão em que se encontravam. Tinha paixão pela Justiça!

A Legitimação Pragmática: Os Princípios Vazios da Igualdade, Ponderação e Razoabilidade

Sérgio Alexandre Cunha Camargo

Professor de Direito Administrativo da EMERJ.

I. Direitos Fundamentais. 1.1. Teoria absoluta. 1.2. Teoria relativa. 1.3. Colisão de Direitos Fundamentais. 1.4. Ponderação de Interesses X Motivação. 1.5. Teoria de Habermas. II. Devido Processo Legal e Princípio da Razoabilidade. III. Razoabilidade e ponderação de interesses. IV. Teoria do mínimo existencial. V. O princípio da Justiça e a obra de RAWLS: Interpretação e Consenso. Posição original. VI. Conclusão.

204

Acumulação de Subsídios por Membros dos 226 Poderes e Teto Salarial

Carlos Côrtes Vieira Lopes

Procurador Federal - Professor de Direito Administrativo.

1. A E.C. n° 20/1998, que estabeleceu tetos de salários para todos os cargos federais, trouxe discussão na doutrina e na jurisprudência, sobretudo porque resguardou o “direito de acumulação de proventos com vencimentos para membros do Poder e para inativos”.
2. O entendimento da doutrina (José Afonso da Silva, Celso Bandeira de Mello, Diogo de Figueiredo e Alexandre de Moraes).
3. As primeiras decisões em Mandados de Segurança no TJ do Rio, no D.F. e em MG.
4. A doutrina autorizada de Luis R. Barroso e Gustavo Binenbojm.

Os Princípios da Lei nº 9.099/95

242

Luciana de Oliveira Leal

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça/RJ - Mestre em Justiça e Cidadania pela Universidade Gama Filho.

1. Princípio da Oralidade.
2. Princípios da Simplicidade e da Informalidade.
3. Princípio da Economia Processual.
4. Princípio da Celeridade.
5. Conclusão.

Os Vinte Anos da Constituição da República Federativa do Brasil: Retrospectiva, 248 Perspectiva e Prospectiva

Guilherme Peña de Moraes

Membro do Ministério Público do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-RJ.

1. Introdução.
2. Retrospectiva.
3. Perspectiva.
4. Prospectiva.

A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena 255

Felipe Machado Caldeira

Professor de Direito Penal da UERJ. Monitor Acadêmico de Direito Penal e Processual na EMERJ.

Introdução. 1. Movimentos Histórico, Filosófico e Teórico. 1.1. Idade Antiga ou Antigüidade. 1.2. Idade Média. 1.3. Idade Moderna ou Modernidade. 1.4. Idade Contemporânea ou Pós-Modernidade. Conclusões.

O Princípio da Proporcionalidade Aplicado 273 ao Direito Penal

Fabio Roque da Silva Araújo

Juiz Federal na Bahia e Professor da Escola dos Magistrados da Bahia (EMAB).

1. Introdução. 2. Breve histórico. 3. Crítica do Sistema Penal. 4. Leitura constitucional da Intervenção Penal. 5. Princípio da proporcionalidade. 6. Do Princípio da Proporcionalidade aplicado ao Direito Penal. 7. Conclusão.

Colaboraram neste Número

Alberto Venâncio Filho, 195

Alyrio Cavallieri, 119

Antonio Celso Alves Pereira, 87

Carlos Côrtes Vieira Lopes, 226

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, 131

Carlos Roberto Barbosa Moreira, 17

Fábio Roque da Silva Araujo, 273

Felipe Machado Caldeira, 255

Guilherme Peña de Moraes, 248

Jorge Lobo, 74

Luciana de Oliveira Leal, 242

Marco Antonio Ibrahim, 124

Marcos Cavalcante de Oliveira, 37

Rodrigo Faria de Souza, 184

Sérgio Alexandre Cunha Camargo, 204



Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida*

Carlos Roberto Barbosa Moreira
*Advogado. Professor Auxiliar (concursado)
de Direito Civil da PUC/RJ.*

1. O novo Código Civil manteve o instituto do fideicomisso, reproduzindo, com ligeiras alterações redacionais, todos os artigos que o disciplinavam no diploma revogado. Introduziu, porém, três dispositivos novos: o art. 1.952 estabelece restrição à legitimação para suceder como fideicomissário; o correspondente parágrafo único cuida dos efeitos produzidos pelo nascimento (com vida) do fideicomissário, em momento anterior ao óbito do testador; e o art. 1.954 - inovação apenas aparente - atribui ao fideicomissário o poder de aceitar a herança ou o legado, diante da renúncia do fiduciário, ressalvada, porém, outra destinação que lhes dê o testador.¹

^(*) Este artigo é dedicado a meu pai, José Carlos Barbosa Moreira. Por natural extensão, é também uma afetuosa homenagem à minha mãe, Gilka: os processualistas brasileiros devem-lhe muito.

Agradeço aos amigos Daniela Bessone, Teresa Negreiros, Carlos Nelson Konder e Gustavo Espírito Santo, que, de diferentes maneiras, colaboraram na elaboração deste trabalho.

¹A conseqüência já era admitida na doutrina, ao tempo do Código de 1916, como se extrai, por exemplo, da seguinte passagem de CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, v. III, nº 1.280, p. 130: “Quando o renunciante é o fiduciário, a substituição precipita-se: o domínio passa, desde logo, ao fideicomissário, se o falecido não estabeleceu coisa diversa”. No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. LVIII, § 5.839, nº 6, p. 215 e OROSIMBO NONATO, *Estudos Sobre Sucessão Testamentária*, v. III, nº 817, p. 206.

Neste trabalho, interessa-nos, particularmente, a primeira dentre essas novidades. O *caput* do art. 1.952 acha-se assim redigido: “A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador”. A norma responde, pois, à indagação: quem pode ser nomeado fideicomissário?

Observe o leitor, desde logo, que o dispositivo lida com dois momentos distintos: o da elaboração do testamento, quando o testador institui herdeiros ou legatários sucessivos, e o da abertura da sucessão, quando ocorre a vocação do fiduciário. Se, entre um momento e outro, o fideicomissário já houver nascido, incidirá a norma de conversão legal² do parágrafo único: o que seria substituição fideicomissária passa a ser tratado como (e a gerar os efeitos de) um usufruto concedido a quem seria fiduciário. Se, todavia, o fideicomissário, quando da abertura da sucessão do testador, permaneceu “não concebido”, aí sim se poderá cogitar da produção dos efeitos próprios à substituição fideicomissária. É somente dessa última hipótese que pretendemos nos ocupar neste trabalho - ou seja, do caso em que, aberta a sucessão, ainda perdure a situação de fato, relativa ao fideicomissário, contemporânea à confecção do testamento.

2. Vigente o Código Civil de 1916, podiam ser instituídos fideicomissários, indistintamente, (a) pessoas naturais já existentes no momento da elaboração do testamento, (b) pessoas jurídicas, inclusive fundações, (c) nascituros, e (d) a “prole eventual” de pessoas designadas pelo testador “e existentes ao abrir-se a sucessão”.³ A possibilidade de nomeação dos não concebidos (“prole eventual”, concepturos,⁴ *nondum concepti*) resultava, no sistema

² JOÃO ALBERTO SCHÜTZER DEL NERO, *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, p. 277.

³ “O fideicomissário pode ser prole eventual do fiduciário, ou de outrem” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t. cit., § 5.833, nº 14, p. 159).

⁴ A expressão, largamente empregada na doutrina de língua portuguesa, é, no entanto, alvo da crítica de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil e Sucessões*, nº 72, p.126, onde o autor faz referência aos “impropriamente chamados ‘concepturos’”.

daquele diploma, da parte final do art. 1.718,⁵ inserido no capítulo intitulado “Da capacidade para adquirir por testamento”, e não naquele consagrado ao fideicomisso; e cuidava-se de exceção à regra segundo a qual aos “indivíduos não concebidos até a morte do testador” faltava aptidão para suceder ao *de cuius* mediante ato de última vontade.

Contra a opinião de Pontes de Miranda,⁶ predominou amplamente, na doutrina, o entendimento de que aquela segunda parte do art. 1.718 consubstanciava hipótese de fideicomisso,⁷ ainda que “tácito”:⁸ a(s) pessoa(s) nomeada(s),⁹ a cuja prole se pretendia testar, ali desempenhava(m) o papel de fiduciário(s), recebendo, por morte do *de cuius*, a herança ou o legado, com a “obrigação”¹⁰ de transmitir uma ou outro ao(s) filho(s) que porventura viesse(m) a ter.

Embora entendesse que a finalidade da parte conclusiva do art. 1.718 era “permitir o pulo por sobre uma pessoa (que por si não mereça, ou não precise), para lhe beneficiar a descendência”, Pontes de Miranda enxergava a possibilidade de a cláusula de instituição da prole eventual ser igualmente “construída como

⁵ Era esta a redação do art. 1.718: “São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão”.

⁶ *Tratado*, t. cit., § 5.813, nos. 2 (p. 18), 6 (p. 20), 8 (p. 21) e 9 (p. 22). Na mesma linha de PONTES DE MIRANDA, veja-se ARNOLDO WALD, *Direito das Sucessões*, p. 99.

⁷ CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito das Sucessões*, p. 282; ID., *Código Civil*, v. VI, comentário ao art. 1.718, p. 139; ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado*, v. II, nº 357, p. 412; ORLANDO GOMES, *Sucessões*, nº 75, p. 89 (da 10^a. ed.); CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, v. VI, nº 456, p. 104 (da 14^a. ed.); SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, v. VII, nº 101, p. 190.

⁸ CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, v. II, nº 1.136, p. 503, e v. III, nº 1.267, p. 115; OROSIMBO NONATO, *Estudos*, v. II, nº 410, p. 31.

⁹ A dicção legal (“pessoas designadas”, no plural) abrangia “a dupla hipótese: designação de duas pessoas ou de uma só”, conforme lição de PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 11, p. 25.

¹⁰ O novo Código Civil (art. 1.951) não repetiu a expressão, certamente imprópria por não refletir, de maneira adequada, o fenômeno consistente na resolução automática do direito do fiduciário, pelo advento do termo (aí incluída sua morte) ou pelo implemento da condição, em benefício do fideicomissário. Manifestamos nossa preferência pelo texto atual na 16^a. edição (por nós atualizada) das *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, nº 472, p. 333, nota nº 35, com abonações doutrinárias, às quais se pode acrescentar OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Sucessões*, nº 130, p. 223-224.

fideicomisso”: “A construção fideicomissária”, advertia, “não é obrigatória, nem sequer a que mais acontece” - mas, inequivocamente, ele a tinha, ao menos, por admissível. Em síntese: se o testador quisesse aquinhoar, em momentos distintos e sucessivos, a(s) pessoa(s) que designasse e, mais tarde, sua prole eventual, a hipótese seria de fideicomisso; se, ao contrário, o testador “deixou à prole eventual, para não deixar à pessoa designada, claro que excluiu essa, e o fideicomisso não é de admitir-se, nem, por isso mesmo, haverá fiduciário”.¹¹ A utilização (que Pontes de Miranda reputava meramente facultativa) do mecanismo do fideicomisso dependeria, portanto, da vontade do testador, conforme ele pretendesse ou não ter por seu(s) sucessor(es), também, aquela(s) pessoa(s) a cujo(s) filho(s) deveria transmitir-se, oportunamente, a herança testamentária ou o legado.

Dois exemplos extraídos do próprio Pontes de Miranda talvez ilustrem a diferença por ele identificada:

- a) “deixo a A o prédio x, passando, por morte dele, aos filhos de B, se B os tiver”:¹² A é legatário; os filhos que eventualmente B venha a ter também o serão (na qualidade de fideicomissários);
- b) “não me merece consideração A, por isso deixo os meus bens aos filhos que tiver”:¹³ A não é herdeiro: o testador o “pulou”, para beneficiar somente sua prole; não há fideicomisso pela ausência da vocação dupla, característica essencial do instituto.

Para Pontes de Miranda, portanto, o chamamento do(s) sucessor(es) ainda não concebido(s) na data da abertura da sucessão podia ser direto, isto é, não dependia do anterior chamamento de seu pai, de sua mãe ou de ambos. Coerentemente com tal premissa, sustentava ele que, aberta a sucessão do testador antes do

¹¹ Os três excertos citados no parágrafo foram extraídos do *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 8, p. 21. A possibilidade de o testador construir “a verba como de fideicomisso” é novamente admitida no § 5.814, nº 18, p. 33.

¹² O exemplo dado no texto é uma simplificação de outros, mais minuciosos e complexos, fornecidos por aquele autor no *Tratado*, t. cit., § 5.834, nº 2, p. 162. Tanto quanto possível, procuramos manter o estilo original.

¹³ *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 8. p. 21.

¹⁴ A imagem de PONTES DE MIRANDA - a de um “pulo por sobre uma pessoa (...), para lhe beneficiar a descendência” - reaparece na p. 25 do *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 11.

surgimento da prole eventual, a herança deveria ser guardada por pessoa indicada no ato de última vontade (ou, na ausência dessa designação, pelo testamenteiro) para futura entrega ao herdeiro esperado, “com os acessórios e frutos, desde a abertura da sucessão”, pois “os frutos dos bens do art. 1.718 não pertencem a quem guarda a herança - aumentam a herança, para que a prole eventual os receba, porque lhe pertencem (...)¹⁵”. Presente, aí também, a idéia do “pulo” por sobre uma geração, com o chamento, sem intermediário, da prole eventual, à qual se transmitia a herança ou o legado, desde o óbito do testador - como se, desde então, o sucessor já estivesse vivo.

3. Qualquer que fosse, na matéria, a construção doutrinária adotada, não se punha em dúvida que a figura do fideicomisso estava abrangida pela segunda parte do art. 1.718 do anterior Código Civil: para uns, a rigor, havia perfeita identidade entre a hipótese ali versada e o instituto; para Pontes de Miranda, o fideicomisso constituía apenas uma dentre as possíveis soluções para que se produzisse a transmissão hereditária em favor dos ainda não concebidos, cuja capacidade para suceder por testamento (de acordo com a terminologia legal da época) era reconhecida naquele dispositivo.

Aceita, pois, que fosse a construção de Pontes de Miranda, a relação que se estabelecia entre a instituição de sucessores não concebidos e o fideicomisso era a de gênero e espécie.

4. Pontes de Miranda situava no Código Civil italiano de 1865 a fonte de inspiração do art. 1.718 de nosso Código Civil de 1916, afirmando que, “na Itália, de onde houvemos a regra legal, não havia fideicomissos, e foi adotada para obviar a essa falta”.¹⁶

¹⁵ Tratado, t. cit., § 5.813, nº 14, p. 29, com destaques no original. Pouco adiante (p. 30), o autor volta a tratar dos diferentes efeitos produzidos pela cláusula testamentária, conforme o testador a tenha “construído” como fideicomisso ou como nomeação direta dos *nondum concepti*: “Quando nasce a prole, o que guardou a herança do artigo 1.718 não a perde, porque nunca a teve. Perde-a o fiduciário dos arts 1.733 e 1.740, que a tinha. Os frutos foram deste, e não os restitui; os frutos da herança do art. 1.718 são da prole eventual” (destacado no original).

¹⁶ Tratado, t. cit., § 5.813, nº 6, p. 20.

O art. 764 do Código Civil italiano de 1865 efetivamente atribuía legitimação sucessória, na sucessão testamentária, aos “filhos imediatos de uma determinada pessoa viva ao tempo da morte do testador, embora ainda não concebidos”.¹⁷ Também é certo que o diploma proibia o fideicomisso, e que alguns escritores viram no art. 764 um abrandamento a tal proibição.¹⁸ Era, aliás, a justificativa encontrada na **Relazione** do Ministro Giuseppe Pisanelli.¹⁹

Com pequenas variações de redação, o atual Código Civil daquele país reproduziu a norma (art. 462, 3º. comma).²⁰ Embora prevalecente a opinião de que ela não configura mera hipótese de fideicomisso,²¹ houve quem, no entanto, sustentasse enfaticamente a tese oposta.²² Mesmo entre os defensores da primeira corrente, porém, não faltou quem pusesse em evidência que o fideicomisso e a instituição do sucessor eventual pelo mecanismo do art. 462 podiam “coincidir parcialmente nos fins”.²³

¹⁷ “*Possono però ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non siano ancora concepiti*”. Informações acerca das origens históricas do dispositivo, nas codificações anteriores à unificação italiana, podem ser encontradas em GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, v. I, nº 196, p. 250-251, assim como em POLACCO, *Delle successioni*, v. I, p. 214, ou em TRIPICCIONE, “*La delazione legittima della eredità nel caso di mancato avvento dei nascituri non concepiti*”, p. 452-453.

¹⁸ Cf. GANGI, *La successione*, v. cit., nº 197, p. 252; BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, nº 25, p. 57; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. VI, § 183, p. 149.

¹⁹ Leia-se o trecho pertinente da **Relazione** em LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. IV, p. 124-125, ou em POLACCO, *Delle successioni*, v. I, p. 213.

²⁰ “*Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti*”.

²¹ BARASSI chegava a dizer que de fideicomisso, naquele dispositivo, não há “neppur l’ombra” (*Le successioni*, nº 25, p. 58). A seu turno, GANGI reputava “evidentemente infundada” a opinião de quem via um caso de fideicomisso nos dispositivos (do Código de 1865 ou do atual) sobre a instituição dos não concebidos (*La successione*, v. cit., nº 199, p. 256). Também a rejeitavam OPPO, “*Note sull’istituzione di non concepiti*”, p. 2, nota nº 2, e p. 37-38; CICU, *El testamento*, p. 235-236; e MESSINEO, *Manuale*, v. cit., § 183, p. 149. Para uma opinião (substancialmente idêntica) emitida na vigência do diploma de 1865, POLACCO, *Delle successioni*, v. cit., p. 223-224.

²² TRIPICCIONE, ob. cit., p. 447 e ss., com citação de outros autores; AZZARITI, MARTINEZ e AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, p. 20-21, onde se afirma que, mediante o dispositivo em questão, “*il legislatore ha (...) proceduto ad una cauta e limitata restaurazione della sostituzione fedecommissaria di primo grado*”.

²³ MESSINEO, *Manuale*, v. cit., p. 149. Essa parcial coincidência de objetivos seria posteriormente inviabilizada, na Itália, com a reforma empreendida pela Lei nº 151 de 19 de maio de

5. Em exposições como as de Barassi e Gangi, escritas ou revisadas nos anos 40 do século XX (pouco tempo após o advento do vigente Código Civil italiano), o leitor facilmente identificará as linhas mestras do pensamento de Pontes de Miranda - que certamente remontam às obras dos civilistas que haviam escrito sobre o art. 764 do anterior Código peninsular, citados pelo autor brasileiro (Polacco²⁴ e Filomusi-Guelfi).

Sinteticamente, o leitor pode extrair daqueles volumes as seguintes afirmações:

a) a vocação dos não concebidos é direta (não há fideicomisso, no qual o pai ou a mãe da esperada prole assuma o papel de fiduciário);

b) a utilidade prática daquele dispositivo do *Codice civile* reside na possibilidade de contemplar filhos futuros de pessoa por quem o testador não nutre qualquer estima, ou que já se revelou indigna de confiança ou inclinada à dissipação, e à qual, por conseguinte, o testador quer excluir da sucessão *in modo assoluto*²⁵; outra possibilidade, também amparada pela regra, está em beneficiar, igualmente, *todos* os filhos que uma pessoa possa vir a ter, e não apenas os já existentes (e, em regra, conhecidos do testador) no momento em que se redige o testamento;^{26/27}

c) o nascimento (com vida) do filho constitui uma *conditio iuris* da delação sucessória. Satisfeita a condição, os efeitos retroagem à data do óbito do testador;^{28/29}

1975, que deu nova feição ao instituto do fideicomisso, atribuindo-lhe finalidade exclusivamente assistencial, conforme anotamos na 16ª. edição das *Instituições de Direito Civil* de Caio Mário da Silva Pereira, v. cit., nº 472, p. 327, com indicações doutrinárias.

²⁴ *Delle suessioni*, v. cit., p. 212 e ss.

²⁵ GANGI, *La successione*, v. cit., nº 197, p. 254. Como se expressa o autor, mais adiante (p. 256), o objetivo da norma “è stato quello di dare al testatore la possibilità di far pervenire i suoi beni ai figli in genere di una persona che non vuole personalmente beneficiare”.

²⁶ GANGI, *La successione*, v. cit., nº 197, p. 251.

²⁷ As mesmas razões são por vezes enunciadas em obras de juristas de outros países, embora sem a identificação de suas fontes históricas: assim, em Portugal, PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 86-87.

²⁸ GANGI, *La successione*, v. cit., nº 199, p. 258-261, e nº 203, p. 264; BARASSI, *Le successioni*, nº 25, p. 59; mais recentemente, MESSINEO, *Manuale*, v. cit., p. 150. Há quem, no entanto, recuse eficácia retroativa ao implemento da condição (embora admitindo tratar-se de *conditio iuris*): SANTORO-PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, v. II, p. 749. Esse último

d) conseqüentemente, os frutos produzidos pela herança, a partir da abertura da sucessão, cabem ao sucessor - não à(s) pessoa(s) de quem é filho -, como se vivo desde aquele momento;³⁰

e) enquanto se aguarda o nascimento do sucessor, o patrimônio que lhe destinou o *de cuius* é entregue a um administrador, cuja identidade variará conforme os seguintes fatores: a natureza da deixa (herança ou legado); a nomeação de um substituto vulgar; a existência de direito de acrescer em benefício de co-herdeiro(s) simultaneamente chamado(s) com o herdeiro póstumo. Não havendo substituto vulgar, nem direito de acrescer, a administração tocará ao herdeiro legítimo e, no caso de legado, àquele encarregado de cumpri-lo.³¹

6. O modelo português do Código de 1966 é claramente inspirado no italiano. Os nascituros não concebidos têm capacidade sucessória, na sucessão testamentária, desde que “sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão” (art. 2.033º, nº. 2 a); e o regime de administração dos bens herdados, enquanto se aguarda o nascimento, se acha regulado em dispositivos (arts. 2.237º a 2.240º) que constituem, em linhas gerais, mera tradução do *Codice civile*.³² No intervalo entre a abertura da sucessão e o

autor, em crítica a uma opinião emitida por CARNELUTTI, sintetiza, com precisão, a tese do nascimento do não concebido como condição legal a que se subordina a delação: “(...) Se l'esistenza fosse condicio facti, voluta dal testatore, questi potrebbe porla o non porla, e quidi sarebbe in sua facoltà istituire un nascituro anche con efficacia immediata, anteriore alla sua esistenza. Il testatore può volere o non volere l'istituzione del nascituro, ma se istituisce il nascituro, l'efficacia dell'istituzione dipende dall'esistenza del nascituro non per sua volontà, sibbene per volontà della legge” (p. 748).

²⁹ É a doutrina também exposta em obra recentíssima: SCIARRINO e RUVOLO, *La rinunzia all'eredità*, p. 132 e 136.

³⁰ GANGI, *La successione*, v. cit., nº 202, p. 264. Idêntica conclusão era exposta, na vigência do Código de 1865, por POLACCO, *Delle successioni*, v. cit., p. 221.

³¹ É o que decorre dos arts. 640 a 643 do Código italiano: cf. GANGI, *La successione*, v. cit., nºs. 200-201, p. 261 e ss. O autor enfatiza que o administrador não exerce o papel de fiduciário: “... qui non vi è che una sola istituzione a favore del nascituro, e colui a cui è conferita l'amministrazione dei beni fino alla nascita dell'istituito, non è e non può essere affatto considerato anche lui comme istituito” (ob. cit., nº 199, p. 256). Veja-se, ainda, OPPO, “Note sull'istituzione di non concepiti”, p. 38.

³² Sobre o ponto, veja-se a didática exposição de PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 88 e ss.

surgimento do sucessor testamentário, entende-se que, relativamente aos bens testados, a situação, temporária, é a de “direitos sem sujeito”, pois “com a morte do *de cuius*, deixou de existir o titular desses direitos e não se vê qualquer outra pessoa a quem, imediatamente, possam ser, de facto, atribuídos”.³³ Os sucessores conceptuos “têm a sua vocação dependente da *conditio iuris* suspensiva do seu nascimento”.³⁴

A distinção entre, de um lado, a instituição (direta) de não concebidos e, de outro, o fideicomisso, é, também ali, ressaltada pela doutrina.³⁵

7. Se era correto (como pretendia Pontes de Miranda) identificar na legislação italiana a fonte da norma do Código Civil de 1916 acerca da capacidade sucessória dos não concebidos, não menos certo é perceber que, noutros centros, preponderou a solução do fideicomisso como veículo para lograr idêntica finalidade.

Pelo BGB, por exemplo, a maneira única de nomeação de herdeiro não concebido reside na utilização do fideicomisso; e, na dúvida, entende-se que o testador quis se valer desse instituto. A cláusula, porém, se reputa ineficaz (*unwirksam*), se a vontade do testador era diversa (§ 2.101, 1).³⁶

Na Suíça, dispositivo do Código Civil (art. 545), inserido no título dedicado à abertura da sucessão, torna admissível a substituição fideicomissária em benefício dos não concebidos; e, se o tes-

³³ CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, nº 61, V, p. 158, com destaques no original.

³⁴ CAPELO DE SOUZA, *Lições de Direito das Sucessões*, v. I, nº 15.2, p. 246. É controvertida, porém, a questão acerca da eficácia retroativa do implemento da condição legal: cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões*, v. II, nos. 291 (nota 266) e 292, p. 197-198; PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 90, nota nº 1.

³⁵ “Na substituição fideicomissária há uma dupla vocação, e aqui [art. 2.033] há uma única vocação sucessória, a favor dos nascituros ainda não concebidos, cujos progenitores são excluídos da sucessão” (PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 86, nota nº 2)

³⁶ No original: “*Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht gezeugte Person als Erbe eingesetzt, so ist Im Zweifel anzunehmen, dass sie als Nacherbe eingesetzt ist. Entspricht es nicht dem Willen des Erblassers, dass der Eingesetzte Nacherbe werden soll, so ist die Ensetzung unwirksam*”. Cf. KIPP, *Derecho de Sucesiones*, v. I, § 47, p. 447; OPPO, “Note sull’istituzione di non concepiti”, cit., p. 3, nota nº 3.

tador não nomeou o fiduciário, exerçerão esse papel os herdeiros legítimos.³⁷ Tampouco ali se cogita de outra via para a instituição dos *nondum concepti*. A utilização do fideicomisso corresponde à “vontade hipotética” do testador, isto é, à vontade que ele teria tido se antecipadamente tivesse obtido a certeza da ausência da concepção (e da consequente inexistência do sucessor esperado) ao tempo de seu óbito: irrelevantemente que, de fato, o testador não tenha desejado o fideicomisso, em razão de acreditar que, antes de sua morte, o sucessor já teria nascido.³⁸

Na Espanha, a despeito da presença, no Código Civil, de dispositivo aparentemente hostil à vocação de sucessores não concebidos por meio de fideicomisso (art. 781), doutrina e jurisprudência admitem seu emprego para beneficiar os *hijos nacederos*.³⁹

Mas o caso mais significativo talvez seja o francês. A repulsa a instituições difundidas durante o *Ancien Régime* conduziu à textual proibição do fideicomisso (Código Civil, art. 896), o qual, todavia, reviveu em duas hipóteses excepcionais: pela primeira (art. 1.048), admite-se a nomeação de filhos do testador, para que conservem e transmitam a herança a seus próprios filhos; pela segunda (art. 1.049), permite-se ao testador sem filhos a nomeação de irmãos, a serem oportunamente substituídos pelos sobrinhos.⁴⁰ Num caso ou outro, a disposição deve forçosamente abranger todos os filhos do gravado, nascidos ou por nascer.⁴¹ Admissível, destarte, a capacidade sucessória dos não concebidos, na sucessão testamentária, mas apenas mediante o emprego do fideicomisso e nesses dois únicos casos.

³⁷ PIOTET, *Traité de Droit Privé Suisse*, t. IV, § 20, p. 101; STEINAUER, *Le droit des successions*, nº 916, p. 448; GUINAND e STETTLER, *Droit Civil*, v. II, nº 12, p. 5.

³⁸ PIOTET, *Précis de droit successoral*, § 6, p. 38.

³⁹ HERNANDEZ GIL, *Obras completas*, t. IV, p. 511-513 com citação de antigas decisões do Tribunal Supremo. Mas a questão não é pacífica: cf. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, t. VII (*Derecho de Sucesiones*), p. 141.

⁴⁰ Observa TRIPICCIONE que o *Code Napoléon* evitou o emprego do termo *substitution*, “che avrebbe caratterizzato troppo rudemente l’istituto di eccezione alla norma generale abolitiva” (ob. cit., p. 452).

⁴¹ VOIRIN e GOUBEAUX, *Droit Civil*, t. 2, nºs. 763 e 764, p. 338; GRIMALDI, *Droit Civil - Successions*, nº 381, p. 358.

8. Nossa novo Código Civil manteve a regra que possibilita, na sucessão testamentária, o chamamento de “filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (art. 1.799, nº 1). Ao aludir, restritivamente, a “filhos”, e não mais à “prole eventual”, o legislador provavelmente quis obviar a reprodução do debate doutrinário em torno dessa última locução, travado ao tempo do Código revogado.⁴² Além disso, procurou dar solução explícita ao problema do prazo de espera para que se dê, ao menos, a concepção do herdeiro esperado: fixou-o em dois anos, contados da abertura da sucessão; e determinou que, “salvo disposição em contrário do testador” (leia-se: se este não houver nomeado substituto vulgar, nem instituído o direito de acrescer em benefício de eventuais co-herdeiros), os bens que caberiam àquele herdeiro serão, após escoado o biênio, destinados aos sucessores legítimos (art. 1.799, § 4º.).

O que se passa, de *lege lata*, entre a abertura da sucessão e o nascimento (com vida) do herdeiro? O *caput* do art. 1.800 determina que “os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz”. Ao curador caberá guardar a herança (ou, se for o caso, o legado⁴³), para futura entrega ao sucessor, “com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador” (§ 3º.).

É evidente que as novas regras agora inseridas no art. 1.800 e seus parágrafos representam a consagração das idéias que, vigente o Código de 1916, Pontes de Miranda expunha acerca da segunda parte de seu art. 1.718 e que tinham sua origem no direito italiano (supra, nºs. 2 e 5): entre a data da morte do testador e o nascimento (com vida) do sucessor esperado, os bens permanecem

⁴² Sobre o tema, PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t. LVIII, § 5.813, nº 11, p. 23-24, no qual o grande jurista sustentava que a expressão abrangia quaisquer descendentes, e não simplesmente os filhos do testador. Em sentido contrário, categoricamente, CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, v. II, nºs. 1.126-1.127, p. 495-496; OROSIMBO NONATO, *Estudos*, v. II, nº 405, p. 26.

⁴³ A interpretação deve ser extensiva: correto, no ponto, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento”, p. 215.

sob a administração de um curador - não se transferem a este, ou a terceiros, para que, em momento futuro, passem ao eleito. Não há dupla vocação (como no fideicomisso), porque o único chamado a suceder é o próprio herdeiro ou legatário concepturo, permanecendo suspensa a delação até o implemento daquela condição legal (*conditio iuris*).

Isso não quer dizer, porém, que a cláusula de instituição de sucessor ainda não concebido não possa continuar a ser (como então admitia Pontes de Miranda) “construída” como fideicomisso: muito ao contrário, pois a nova regra do *caput* do art. 1.952 somente possibilita a substituição fideicomissária “em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador”. Se, na vigência do Código anterior, a cláusula de fideicomisso podia ser usada para ensejar a transmissão hereditária a sucessor não concebido, agora somente⁴⁴ pode ser empregada com essa finalidade específica. A desatenção, por parte do testador, à norma - restritiva da legitimação para suceder como fideicomissário - acarreta a nulidade da cláusula de substituição, *ex vi* do art. 166, nº VII, do novo Código Civil, sem prejuízo da validade da instituição do fiduciário (art. 1.960).⁴⁵

Não há como deixar de reconhecer, portanto, nesse “novo” fideicomisso, uma particular manifestação da hipótese contemplada no art. 1.799, nº I, do novo Código Civil. Em outras palavras, no sistema em vigor, a transmissão hereditária a pessoas não concebidas inequivocamente tanto pode ser direta (sem o prévio chamamento de terceiros), quanto indireta (por meio de fideicomisso).⁴⁶

⁴⁴ Enfático, sobre o ponto, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “Substituições e fideicomisso”, p. 345-346.

⁴⁵ “Desse modo, no modelo construído sobre o fideicomisso no novo Código Civil, a instituição de substituição fideicomissária somente será válida sob o prisma dos requisitos subjetivos, caso seja feita para beneficiar, como fideicomissário, filho eventual de pessoa indicada pelo testador, não concebido à época da facção do testamento” (GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “Substituições e fideicomisso”, p. 346). Por óbvio, quando a lei impõe seja o fideicomissário “somente” um não concebido, ela proíbe ao testador dar qualquer outra destinação aos bens fideicomitidos; daí a incidência da regra prevista na parte final do art. 166, nº VII (“... ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”).

⁴⁶ GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA (“Capacidade para testar ...”, p. 212 e 215) admite que a instituição de herdeiro concepturo se faça “sem se sujeitar à substituição fideicomissária”, ou “acoplada” a ela.

9. Nem se diga que a cláusula final do art. 1.799, nº 1 - “desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” - somente seria aplicável à hipótese de instituição direta dos não concebidos, mas não à de fideicomisso.

A origem da cláusula, segundo informação colhida em Gangi,⁴⁷ remonta ao Código sardo, prévio à unificação italiana. Nele, agregou-se à fórmula encontrada no anterior Código parmense - “filhos imediatos de uma determinada pessoa viva” - a expressão “ao tempo da morte do testador”, que seria mais tarde repetida, com ligeiras variações de estilo, nos Códigos italianos de 1865 e de 1942 (supra, nº. 4), nos Códigos brasileiros de 1916 e 2002 e no português ora em vigor (supra, nº 6).

Por um lado, ao exigir que a(s) pessoa(s), cuja prole se pretende beneficiar, esteja(m) viva(s) “ao abrir-se a sucessão”, a lei exclui a possibilidade de nomeação dos futuros filhos de quem, quando da morte do testador, seja ainda um mero nascituro ou conceptuário.⁴⁸

Mas é preciso também enfatizar que a expressão ora comentada se justifica (ou, ao menos se justificava, de acordo com a evolução científica do século XIX e de boa parte do século XX) porque, para que sobrevenha o sucessor esperado, após a morte do testador, é preciso que ele seja oportunamente concebido - e, ao menos pelas leis naturais, de semelhante evento apenas se pode cogitar se o pai ou a mãe em potencial (ou ambos, se a nomeação disser respeito a filho comum) esteja(m) ainda vivo(s) e em condições de gerá-lo.

Façamos abstração, aqui e agora, dos admiráveis avanços científicos das últimas décadas em matéria de procriação por

⁴⁷ *La successione*, v. cit., nº 196, p. 251, nota nº 2.

⁴⁸ Assim, na doutrina italiana, GANGI, *La successione*, v. cit., nº 198, p. 254; CICU, *El testamento*, p. 237; CIAN e TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, p. 463. Já ao tempo do Código Civil de 1865, era a opinião de LOSANA, *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, p. 37. Na doutrina portuguesa, PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 85, nota nº 3; CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, p. 246. *Aliter*, entre nós, PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 10, p. 23; nº 12, p. 28, e nº 17, p. 32-33, onde se admite que o meramente concebido seja a “pessoa designada”.

meios artificiais. Ao legislador do Ottocento, a quem se deve a cláusula em foco, bastava deter-se naquilo que era possível segundo as leis da natureza - e uma delas nos diz que a concepção de um novo ser depende da presença, em determinado momento, de um pai e de uma mãe. Por isso, para que o testador pudesse aquinhar sucessor nem sequer concebido ao tempo de sua morte, era imperioso que o pai ou a mãe, designado(a) na manifestação de última vontade, sobrevivesse ao *de cuius* e permanecesse apto a gerar prole.

Ora, o falecimento da mãe em potencial definitivamente frustrava a futura concepção de filhos, determinando a caducidade da disposição testamentária.⁴⁹ Se, ao revés, a pessoa designada fosse homem, ainda se poderia cogitar do caso de filiação póstuma; mas o filho póstumo era, necessariamente, aquele gerado por pai ainda vivo no momento da concepção, conquanto nascido depois da morte desse último. Assim, se o pai (a pessoa designada) falecesse antes do *de cuius*, seu filho, nascido posteriormente, já não mais seria um não concebido ao tempo da morte do testador: seria um nascituro, e sua legitimação para suceder decorreria da norma, difundida em vários ordenamentos, segundo a qual, para ter aquela aptidão, basta estar concebido no momento da abertura da sucessão - em outras palavras, a situação se submeteria à regra geral (por exemplo, do art. 462, primeiro *comma*, do Código italiano de 1942, ou da primeira - não mais da segunda - parte do art. 1.718 do nosso Código de 1916), e não à excepcional.⁵⁰

É possível que as técnicas de reprodução assistida tenham tornado sem sentido a exigência de que os pais do sucessor esperado estejam vivos “ao abrir-se a sucessão”, e que a derradeira cláusula do art. 1.799, nº I, do novo Código tenha permanecido no texto

⁴⁹ É a conseqüência, ainda hoje, indicada, entre nós, por EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Comentários*, p. 105.

⁵⁰ Em relação ao Código Civil italiano de 1865 - como se viu, uma das fontes históricas da norma do nosso atual art. 1.799, nº I -, escrevia LOSANA: “Che se la persona determinata fosse premorta al testatore lasciando figli nati o concepiti, questi succederebbero, ma non più in forza dell’eccezionale disposto di questo capoverso [referia-se à parte final do art. 764 daquele diploma], bensì giusta la regola generale proclamata in principio dello stesso art. 764” (*Le successioni testamentarie*, p. 37).

legal, ainda agora, como simples eco de suas fontes inspiradoras, distantes ou próximas. Afinal, se o Código de 2002 expressamente admite a fecundação artificial homóloga *post mortem* (art. 1.597, nº III), daí se extrai a possibilidade⁵¹ de o sucessor eleito resultar de inseminação posterior tanto ao óbito de seu pai, quanto ao do testador; e - este é o ponto - o primeiro pode ter falecido antes do segundo (não estará, pois, vivo “ao abrir-se a sucessão”). É claro que, se se tratar de filho de pessoas casadas, sua legitimação sucessória decorrerá, indiscutivelmente, da “presunção” (*rectius, fictio*) do art. 1.597, nº III,⁵² pois a fecundação, em semelhante hipótese, se tem por ocorrida “na constância do casamento”, com a conseqüente incidência da parte final do art. 1.798 (regra geral sobre a legitimação sucessória): nesse caso, tudo se passa como se a concepção houvesse ocorrido antes do dia em que de fato ocorreu. A equiparação constitucional dos filhos de qualquer origem forçosamente assegura idêntico tratamento aos demais, ainda que não lhes seja aplicável a regra inscrita no art. 1.597, nº III.

Pondo de lado, porém, os (graves) problemas que o emprego das técnicas de procriação artificial suscita, mormente em matéria sucessória, parece-nos que, tal como redigido o art. 1.799, nº I, a exigência nele formulada - a de que estejam vivas ao abrir-se a sucessão as pessoas cujos filhos eventuais se quer ter por sucessores - vale tanto para a instituição direta de futuro herdeiro, como para a nomeação do fideicomissário de que trata o *caput* do art. 1.952 de nosso vigente Código Civil: em ambas as hipóteses, é imprescindível, para que a disposição produza os efeitos perseguidos pelo testador, que o sucessor venha a ser concebido após o óbito do *de cuius*.

10. Pode o testador subordinar o direito do fiduciário a um termo final (aí incluída a morte do próprio fiduciário) ou a uma condição

⁵¹ Para GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, é inconstitucional - por violação “aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança”, bem assim “ao princípio da igualdade material entre os filhos”, a norma que admite a fecundação artificial *post mortem* (“Capacidade para testar ...”, p. 208). O ponto certamente merece atenção dos estudiosos, mas escapa aos limites deste trabalho.

⁵² Veja-se o que escrevemos na 16^a. edição das *Instituições de Direito Civil* de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, v. cit, nº 431, p. 33-34.

resolutiva: sobrevindo o fato - certo no primeiro caso; incerto, no segundo -, resolve-se o direito do fiduciário em favor do fideicomissário, a quem se abre a oportunidade para aceitar a herança ou o legado e exigir a entrega da primeira ou do segundo.

Entretanto, pode ocorrer que, na data do advento do termo ou do implemento da condição, o fideicomissário ainda nem sequer tenha sido concebido. Então, *quid iuris?*

Ao atualizarmos o volume de encerramento das *Instituições de Direito Civil* de Caio Mário da Silva Pereira, desde sua 15^a. edição, temos sustentado que se deva admitir, nessa hipótese, a incidência do art. 1.800 (naquilo em que for, evidentemente, compatível com as características essenciais do fideicomisso), contando-se o biênio de seu § 4º., porém, não da abertura da sucessão do testador, mas sim a partir da ocorrência do evento desconstitutivo do direito do fiduciário.⁵³ Isso porque o testador pode ter subordinado a resolução do direito do fiduciário a termo ou condição que, por sua própria natureza, não se configurará senão depois de escoados os dois anos subseqüentes à abertura da sucessão: assim, por exemplo, se o direito do fiduciário deva durar mais de um biênio. Torna-se necessário, então, conciliar o termo excedente desse prazo, ou a condição apenas passível de implementar-se depois dele, com a manifestada vontade de contemplar sucessor ainda nem sequer concebido. O reconhecimento da caducidade da substituição, por ausência do fideicomissário, representa a frustração daquela vontade. Ao revés, a interpretação que sugerimos favorece sua realização prática.

Nossa posição foi objeto de censura, assim redigida: “A hipótese tratada no art. 1.800 do novo Código Civil é dirigida especificamente para os casos de designação de filho eventual de pessoa existente à época da abertura da sucessão e revela-se como a outra modalidade de benefício testamentário instituído em favor de pessoa não existente à época do falecimento do testador que não o fideicomisso. Assim, devem ser consideradas as duas hipóteses de maneira separada, não sendo possível transportar para o campo

⁵³ *Instituições*, v. cit., nº 472, p. 331-332 (da 16^a. edição).

do fideicomisso a disciplina normativa a respeito de benefício sucessório sem o emprego do instituto da substituição fideicomissária. O processo de integração analógica não comporta ser aplicado ao tema em questão diante das várias e importantes diferenças entre os preceitos dos arts. 1.800 e 1.951 e seguintes, todos do novo Código Civil”.⁵⁴

E prossegue o crítico ilustre, no parágrafo subseqüente: “A solução passível de ser encontrada para a questão prática é reconhecer a incapacidade testamentária passiva do filho eventual de pessoa indicada pelo testador, especialmente em decorrência de a verificação de sua capacidade ocorrer no momento do fato idôneo à transmissão da herança ou do legado ao fideicomissário. Assim, caso não tenha ocorrido a concepção do fideicomissário até o momento da resolução do direito do fiduciário, é de se reconhecer a caducidade do fideicomisso, consolidando-se a propriedade no fiduciário (nas hipóteses de termo ou condição) ou nos seus herdeiros (no caso de morte do fiduciário)”.

A inegável autoridade intelectual do crítico e a natural atenção que suas opiniões despertam, nos meios acadêmicos e judiciais, nos forçaram a revisitá-lo para avaliar a força persuasiva das objeções por ele formuladas. Concluímos, porém, por manter nossa posição original, já agora ratificada na 16^a edição das *Instituições*, em que fizemos (como se impunha) o registro daquela divergente manifestação doutrinária.⁵⁵ Os argumentos que nos pareceram decisivos para assim concluir são os seguintes:

a) tanto no Código anterior, quanto no atual, o fideicomisso tem sido admitido como um dos mecanismos postos à disposição do testador para ensejar a atribuição de herança ou legado a sucessores nem sequer concebidos ao tempo da abertura da sucessão. Segundo a doutrina majoritária formada em torno do art. 1.718 do Código de 1916, a hipótese contemplada na parte final daquele dispositivo era de fideicomisso; mas, mesmo que a razão estivesse com aqueles (como Pontes de Miranda) que o negavam, nunca se

⁵⁴ GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “Substituições e fideicomisso”, p. 351-352.

⁵⁵ *Instituições*, v. cit., p. 332, nota nº 32.

pôs em dúvida a aptidão do fideicomisso como veículo de instituição de sucessores concepturos;

b) portanto, na pior hipótese, a relação que se podia estabelecer, na vigência do Código revogado, entre a nomeação de sucessores não concebidos e o fideicomisso era a de gênero e espécie (a outra das espécies do mesmo gênero residiria - sempre de acordo com a concepção de Pontes de Miranda - na instituição direta dos não concebidos);

c) o mesmo se pode afirmar, sem dúvida, quanto ao novo Código Civil, no qual, aliás, o fideicomisso passou a ter a finalidade única de permitir sejam aquinhoados, como fideicomissários, sucessores não ainda concebidos na data da abertura da sucessão (art. 1.952, *caput*). O diploma em vigor, limitando o escopo do fideicomisso, acabou por aproximá-lo daquela outra figura, se se considerar a finalidade comum a ambos;

d) o fideicomisso nada tem de incompatível com a norma do art. 1.799, nº I, do novo Código Civil. Cabe repisar que, vigente o Código anterior, a doutrina amplamente majoritária via na porção final de seu art. 1.718 (correspondente ao atual art. 1.799, nº I) a presença daquele instituto. E o atual art. 1.800 nada mais é do que uma complementação ao art. 1.799, nº I;

e) mesmo que algumas das normas agora constantes dos parágrafos do art. 1.800 sejam de aplicação aparentemente restrita à hipótese de instituição direta do sucessor concepturo (v.g., aquelas atinentes à curatela, a qual, em princípio,⁵⁶ não existirá, se empregado o fideicomisso), a de seu § 4º, que prevê um prazo para a concepção do sucessor esperado, se mostra evidentemente compatível com a nomeação de futuro sucessor pela via da substituição fideicomissária;

f) a aplicação do art. 1.800 ao fideicomisso, naquilo em que harmônico com o instituto, ocorre, portanto, ao nosso ver, diretamente, e não por analogia;

⁵⁶ Nada impede que também o fiduciário seja pessoa não concebida ao tempo do óbito do testador: a norma restritiva do art. 1.952, *caput*, não inibe o testador de se valer do art. 1.799, nº I, para a nomeação (direta) de um fiduciário concepturo - caso em que, aberta a sucessão, incidirão, se for o caso, as regras do art. 1.800 e seus parágrafos.

g) se é correto que a aferição da legitimação sucessória do substituto se faz, na hipótese de fideicomisso, “no momento do fato idôneo à transmissão da herança ou do legado ao fideicomissário” - e não se põe em xeque semelhante premissa⁵⁷ -, o argumento, entretanto, deveria conduzir à conclusão oposta a que chegou o eminente crítico.

Quando se cuida de sucessor concepturo, instituído diretamente (e não por meio de fideicomisso), sua legitimação se apura quando da abertura da sucessão do testador, sendo irrelevante que, nesse momento, não esteja concebido: no biênio do § 4º, mantém-se suspensa a delação, porque ainda inexistente o destinatário da herança ou do legado; mas de caducidade da cláusula que o nomeou somente será lícito cogitar após vencido aquele prazo - ou, antes disso, no instante em que se configurar a impossibilidade absoluta de seu nascimento.⁵⁸ Enquanto se aguarda, durante o biênio, o nascimento (com vida) do sucessor, não se pode afirmar que sua legitimação seja atual⁵⁹: tal como a delação, está sujeita à condição (legal) do nascimento. Portanto, como bem se percebe, basta uma legitimação meramente potencial para determinar a incidência do art. 1.800 e de seus parágrafos.

A situação é rigorosamente idêntica à do fideicomissário cuja concepção ainda não tenha ocorrido na data da resolução do direito do fiduciário: sua legitimação, não sendo atual, pode, todavia, ser adquirida, se e quando nascer vivo. Não há razão lógica para negar-lhe essa possibilidade e proclamar, desde logo, a caducidade da cláusula testamentária que o instituiu.

h) soluções que deságuam no reconhecimento da caducidade da cláusula testamentária (no caso, na parte relativa à nomeação

⁵⁷ Por todos, ORLANDO GOMES, *Sucessões*, nº 180, p. 217 (da 12ª. edição).

⁵⁸ PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 91-92.

⁵⁹ Cf. OPPO, “Note sull’istituzione di non concepiti”, p. 9-11 e 59. O próprio GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, em relação aos nascituros concebidos, afirma que “sua capacidade sucessória passiva não é atual, mas sim condicional”, acrescentando depois que, no caso do art. 1.799, nº 1, a hipótese é de “instituição testamentária condicional, condicionando, via de consequência, a capacidade testamentária passiva do filho eventual de pessoa designada e existente na época da abertura da sucessão (...)” (“Capacidade para testar ...”, p. 205 e 213-214, respectivamente).

do fideicomissário) devem ser, sempre que possível, evitadas, pois representam a definitiva frustração da vontade manifestada pelo testador. E, na questão em análise, parece-nos haver bons fundamentos para sustentar a subsistência da cláusula de fideicomisso - ao menos, até que se escoe o biênio legal, contado este, porém, a partir da desconstituição do direito do fiduciário, e não da abertura da sucessão.¶

O Sucesso Continuado da Primeira Reforma Monetária da História Brasileira Feita em Regime Verdadeiramente Democrático

Marcos Cavalcante de Oliveira

Advogado. Professor de Direito Civil com MBA e Mestrado em Direito Social e da Empresa, além de Pós-Graduação no exterior.

1. VALOR E PODER DE COMPRA DA MOEDA

Compete à União emitir moeda e fiscalizar as operações de natureza financeira.¹ Só ela pode legislar sobre o sistema monetário.² O Congresso Nacional pode - e só ele pode - legislar sobre a moeda e seus limites de emissão.³ Apesar de todo este poder, a União não pode determinar o valor da moeda que ela mesma emite. A União pode emitir notas e dizer que elas valem “tantas” unidades monetárias, mas o valor dessas unidades é determinado pelos mercados de produtos e fatores de produção. Se o Banco Central, agindo em nome da União, se conduz prudentemente, a moeda será respeitada e valorizada; todavia, se ele passa a atuar desordenadamente, a sociedade passa a desvalorizar a moeda emitida.

¹ Constituição Federal, arts. 21, VII e VIII e 164.

² Constituição Federal, art. 22, VI.

³ Constituição Federal, art. 48, XIV.

O Estado pode até forçar credores a aceitarem o pagamento de seus créditos pelo valor nominal de uma moeda desprestigiada, como ocorreu quando em 1979 o governo prefixou a taxa de inflação pela metade do seu valor real e, com isso, os devedores - sendo a União o maior deles - conseguiram pagar suas dívidas com uma moeda que perdera metade do seu valor real. Mas o poder público não consegue forçar os agentes econômicos a vender suas mercadorias recebendo em contrapartida uma moeda desvalorizada. Foi o caso, por exemplo, do Plano Cruzado em 1986, quando ficou evidente que a moeda que estava circulando no país estava tendo o seu valor nominal mantido artificialmente por meio do congelamento de preços e os agentes econômicos se recusaram a vender suas mercadorias. Disso surgiu o ágio e a escassez de gêneros que, nem mesmo a tentativa de uso da força contra fazendeiros em outubro de 1986, para “laçar boi no pasto”, conseguiu suprir.

A confiança do público na moeda depende do seu valor no momento. E o valor presente de uma moeda já tem, em si, a expectativa do que será o seu valor no futuro, pois se os agentes econômicos preponderantemente confiam que aquela moeda continuará tendo um valor respeitável no futuro, valer-se-ão da função reserva de valor da moeda e procurarão guardá-la já no momento presente (para que a tenham disponível no futuro). Isso fará com que a procura pela moeda no presente seja elevada, aumentando o seu valor. Todavia, se ocorrer o inverso, ou seja, se os agentes econômicos acreditarem que no futuro a moeda estará substancialmente desgastada em seu valor, eles irão rejeitá-la desde já, reduzindo o seu valor desde logo.

A moeda é um bem cujo preço é fixado por unidade - o preço de um real é sempre um real, no mesmo sentido de que um metro de tecido é sempre um metro de pano. Deste modo, o preço da moeda não pode ser alterado por si mesmo, nem por força da lei, mesmo que esta seja a Constituição Federal. O valor da moeda só é alterado indiretamente, na medida em que ocorre uma variação no poder de compra representado pela moeda. Isto significa que o valor do dinheiro é a quantidade de outros bens que precisam

ser entregues por alguém para poder adquirir uma unidade monetária.

O poder de compra da moeda é indeterminado. Por ser “meio de troca”, ela é mero instrumento e o poder de compra que ela representa é indeterminado quanto à pessoa que o possui. Qualquer um que possua certa quantidade de moeda é possuidor do poder de compra correspondente. Mas a moeda também é “unidade de conta” e, como tal, seu poder de compra é indeterminado quanto ao objeto, uma vez que ele permite a aquisição de qualquer bem cujo valor seja contado dentro daquelas unidades de moeda disponíveis. Finalmente a moeda também se define como um instrumento que tem a função de ser “reserva de valor”, e, ao cumprir este papel, seu poder de compra é indeterminado no tempo, pois ele está ali encarnado, pronto para ser usado no momento em que o seu possuidor assim o desejar.

Note-se que este poder de compra não nasce com a moeda. Ele nasce pela produção de bens e serviços que são “vendidos” no mercado e o vendedor decide não consumir o preço recebido de imediato. O poder de compra é “armazenado” na moeda pelo desempenho da sua função de “reserva de valor”. Para que exista poder de compra, portanto, é necessário que existam duas condições básicas na economia: saldo de bens e renúncia à compensação imediata por parte do vendedor dos bens. *A moeda só vale pela quantidade de bens que ela pode adquirir.*

Disso resulta que se a quantidade de “unidades de conta” ou “unidades monetárias” aumenta num sistema econômico, sem que ocorra uma correspondente elevação na quantidade de bens e serviços gerados pelos agentes econômicos, não haverá aumento no poder de compra. E, se a quantidade de moeda aumenta sem que tenha havido aumento do poder de compra, o que ocorre é uma redução do valor (poder de compra) de cada unidade monetária. *Quando tudo encarece, é a moeda que perdeu o seu valor, e quando todas as coisas ficam mais baratas, é a moeda que encareceu.*⁴

⁴ GALIANI, Ferdinando. *Da moeda*, tradução para o português de Marzia Trenzi Vicentini. São Paulo: Musa Editora, 2000, p. 131.

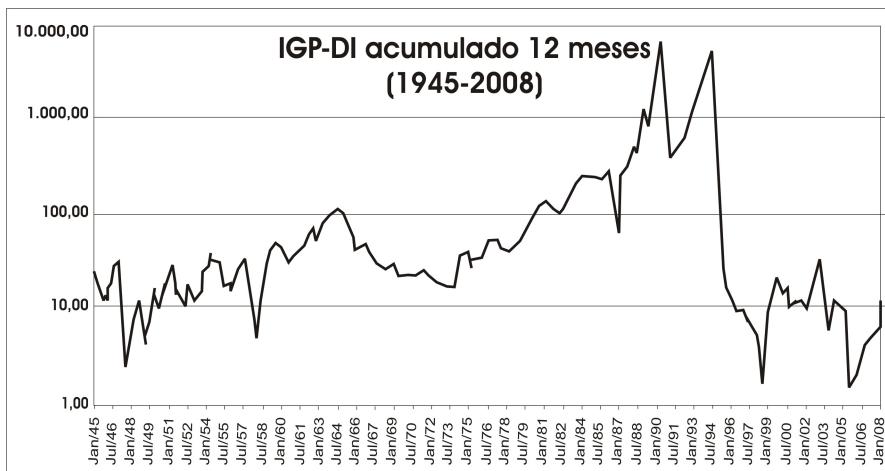
Se aumenta a quantidade de moeda (por exemplo, porque o governo aumenta os seus gastos de custeio com pessoal) sem que aumente a quantidade de bens e serviços disponíveis para serem adquiridos, o que ocorre é um aumento na procura sem que exista aumento de oferta, e toda vez que isso ocorre a consequência é a alta dos preços.

O fato de a quantidade de moeda crescer, não significa necessariamente que o país ficou mais rico ou que a sociedade aumentou o seu poder de compra. Os números desses agregados são apenas denominadores comuns dos valores dos bens da sociedade. Para que esta cresça economicamente, é necessário que o volume de bens e serviços produzidos no país cresça.

2. VALOR DA MOEDA E A INFLAÇÃO

Inflação é um aumento generalizado e contínuo dos preços, cuja contrapartida é a perda do poder aquisitivo da moeda. Hiperinflação é uma situação em que a inflação é tão alta que a perda do poder aquisitivo da moeda faz com que esta seja abandonada pelo público, que passa a utilizar-se de outros indicadores de valor para a função de unidade de conta e freqüentemente recorrem a outras mercadorias para as trocas na economia.

O próximo gráfico mostra a taxa anualizada da inflação brasileira tal como medida pelo IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas de janeiro de 1945 até outubro de 2008.



A observação deste gráfico mostra que o Brasil teve uma longa história de inflação, cuja taxa anual subiu para dois dígitos nos anos 40 do século XX e de lá nunca mais saiu. A inflação alcançou seu apogeu no período de 1987 a 1995. Nesse período de quase dez anos, a taxa anual de inflação se manteve consistentemente acima dos 300% aa, tendo alcançado picos de 1.204% em janeiro de 1989, 6.602% em março de 1990 e 5.153% em junho de 1994. O pior período inflacionário do país foram os cinco anos de julho de 1990 a junho de 1995, quando a inflação média anual, pelo IPC-DI, chegou a 1.500%. Esse quadro agudo só foi debelado com o sucesso do Plano Real.

Ao longo deste processo, a economia brasileira adquiriu um componente-chave, que era o complexo sistema de indexação que perpassava todo o arcabouço econômico das práticas jurídicas e comerciais do país. Dos contratos imobiliários às dívidas de natureza alimentar, dos tributos às dívidas de dinheiro entre particulares, dos salários aos preços.

A indexação das dívidas de prestações pecuniárias correspondia ao objetivo de evitar os desequilíbrios que a inflação causava nas relações individuais. Entretanto, desde meados da década de 70, alguns economistas já vinham criticando a indexação da economia como um obstáculo estrutural que realimentava o processo inflacionário.

As dificuldades se agravaram após a crise da dívida externa de 1982, quando cessou o fluxo de novos investimentos externos para o Brasil e o país teve que contar exclusivamente com as exportações para manter sua capacidade de honrar os compromissos externos. Como desde os tempos do Estado Novo, o país vivera - com maior ou menor intensidade - um modelo econômico voltado para dentro, que privilegiava a substituição das importações, as barreiras alfandegárias se escorava na não-conversibilidade da sua moeda, faltou fôlego ao país para pagar suas contas e, em 1982, mais uma vez, o governo praticou a moratória da dívida externa.

Pressionado pela necessidade de importar bens essenciais ao funcionamento da economia - a começar pelo petróleo - mas

sem crédito externo por causa da moratória, o governo recorreu à desvalorização da moeda para estimular as exportações. A desvalorização da moeda nacional ajudava a equilibrar as contas externas, mas também fazia subir o preço interno das mercadorias importadas - a partir dos preços dos derivados do petróleo. Este aumento das mercadorias importadas foi multiplicado exponencialmente pelo mecanismo da indexação, pois com ela o aumento de um único preço provoca uma elevação no índice geral de preços e, por meio deste, todos os demais preços, inclusive salários, eram reajustados. O aumento geral dos preços, por sua vez, realimentava a subida dos índices, que acelerava ainda mais a inflação, que pulou de 40%, em 1979, para 100% em 1980, 200% em 1983 e 260% em 1986.

Por outro lado, quanto maior a desvalorização da moeda num dado mês, maior a pressão dos setores organizados da economia para reduzir os intervalos para os reajustes de preços e salários, o que causou, por sua vez, uma aceleração ainda maior dos índices de preços.

O primeiro efeito provocado pela inflação é a distorção nas relações de valor entre os bens econômicos. Uma vez que a moeda é corroída em sua função de unidade de conta, os preços das mercadorias e serviços que nela são expressos deixam sinalizar a escassez e os custos relativos da produção. Deixa-se de saber quanto custa um bem e como é que ele se compara a outros no mercado. Perde-se a noção de preços relativos.

Deste primeiro efeito decorre outro de imensa gravidade e repercussões no longo prazo: a redução do nível de investimentos em ativos reais na economia. Na medida em que as pessoas não conseguem ter idéias precisas do valor dos bens, elas deixam de ter incentivo para realizar novos investimentos que permitam o aumento da capacidade de produção, pois o investidor não tem condições de saber se conseguirá vender seus produtos por um preço que remunere adequadamente o investimento.

Em terceiro lugar, o processo inflacionário avulta a tal ponto a moeda nacional que leva todos aqueles que podem a buscar refúgio na moeda estrangeira, seja na forma de moeda manual, seja

na forma de investimentos em ativos reais ou financeiros no exterior (declarados ou não), seja, enfim, na forma de formação de estoques de bens exportáveis e geradores de divisas. Em sentido amplo, pode-se dizer que há uma fuga de capitais.

Sobre estes efeitos diretos, existe ainda um custo indireto, mas relevante, que é o custo de aquisição de informações sobre preços dos bens e serviços. Com o desalinhamento dos preços relativos, a inflação permite oportunidades para grandes ganhos de arbitragem entre mercados setorizados. Assim, com a inflação, as pessoas - e especialmente as empresas - gastam muito mais tempo e dinheiro na busca dos melhores preços entre mercados e mercadorias diferentes. Semelhantemente, a contratação de operações fica substancialmente mais complexa, com intrincadas cláusulas de indexação. É a elevação dos custos de transação.

3. EFEITO DA INFLAÇÃO SOBRE CREDORES E DEVEDORES

A expectativa de inflação dos investidores é um dos componentes que está “embutido” na taxa de juros. Na medida em que a inflação real de um período for igual à expectativa de inflação, credores e devedores de obrigações pecuniárias não são nem prejudicados, nem beneficiados pela inflação. Sucedeu que só por acidente esta identidade entre inflação esperada e inflação verificada ocorre.

O impacto da inflação sobre as obrigações pecuniárias é ainda maior quando estas são expressas em valores e taxas nominais fixas. Quando a taxa real de inflação excede a expectativa, são beneficiados aqueles devedores que assumiram compromissos de fazer pagamentos expressos em valores fixos de moeda, ou sujeitos a taxas de juros prefixadas. Ao contrário, quando a inflação real é menor do que era a expectativa no momento da contratação, os beneficiados são os credores, que preservam o direito de receber prestações expressas em valores fixos, e poderão, assim, capturar um retorno real sobre seus investimentos superior ao que estavam esperando.

A este risco que correm credores e devedores quanto aos ganhos ou perdas que terão em decorrência da desvalorização da

moeda, costuma chamar-se *risco inflacionário ou risco do poder de compra*.

Uma vez que a inflação é muito mais difícil de ser estimada no longo prazo do que no curto prazo, quanto maior for a insegurança dos agentes do mercado - tanto credores como devedores - quanto às tendências inflacionárias para o longo prazo, menor será a propensão deles a assumir investimentos ou dívidas de longa duração. Assim, a incerteza quanto às tendências inflacionárias causa a redução do prazo dos investimentos na economia como um todo, pois as pessoas e empresas tendem a evitar assumir compromissos por um prazo além do qual elas conseguem formar expectativas quanto à taxa de inflação.

É importante observar que não é necessário haver hiperinflação para que seus efeitos perversos sejam sentidos. Mesmo quando permeia a atividade econômica como uma doença crônica tal como aquelas com as quais as pessoas se habituam a conviver, a inflação é capaz de drenar e dissipar recursos do país. Uma inflação constante de 5% ao ano faz com que os preços das mercadorias dobrem a cada 14 anos. O saldo devedor de um financiamento imobiliário que em 2009 vale \$100.000, se for meramente corrigido pela inflação anual de 5% aa, chegará em 2023 valendo \$200.000. Se a inflação média for de 10%, a dívida ao final dos mesmos 14 anos será de \$400.000.

Políticos ansiosos por aumentar os gastos públicos, mas temerosos de enfrentar os eleitores com a elevação da carga tributária, pregam políticas expansionistas da base monetária (isto é, redução dos juros para níveis inferiores à taxa da inflação esperada e os riscos inerentes ao sistema econômico) sob a desculpa que tal seria necessária para aumentar os investimentos e o emprego. Na verdade, o que eles estão defendendo é a mais injusta de todas as formas de tributação, pois a inflação é tão mais cruel quanto menor a renda da família. Titulares de bens corpóreos (fazendas, fábricas, máquinas, estoques etc.) podem até enriquecer com a inflação, na medida em que seus ativos reais podem ser vendidos por preços crescentes em termos reais. Todavia, os pobres usam mais papel-moeda e eles correspondem à maior parte da popula-

ção que vive de rendas fixas como aposentadorias, benefícios do tipo “bolsa família” e salários, as quais só parcial e gradualmente recompõem as perdas inflacionárias. Determinados tributos como o ICMS só atingem as pessoas que gastam e na medida em que elas gastam. Outros, como o IOF, atingem os que investem ou tomam emprestado. Isto para não falar daqueles tributos como Imposto de Renda, o PIS e a COFINS, que basicamente atingem aqueles que auferem alguma forma de receita. A inflação, ao contrário, tributa a moeda, mesmo quando ela não é gasta, investida ou recebida. A inflação é um tributo real, ainda que indireto, sobre as disponibilidades monetárias ou o poder aquisitivo das famílias.

A inflação triangulariza as relações patrimoniais, que deixam de se desenvolver exclusivamente entre credor e devedor, para ter a interveniência do Estado, que sorrateiramente extrai das partes um tributo - o inflacionário - contra o qual as constituições ainda não conseguiram estabelecer proteção eficaz.

O sistema tributário brasileiro, a exemplo da grande maioria dos outros países, cria oportunidades de ganhos para o Estado com a inflação, razão pela qual não é surpresa se ver recorrentemente políticos ligados à ideologia intervencionista do Estado na economia defendendo a adoção de níveis “controlados” de inflação.

Para se ter uma idéia dos ganhos que podem advir para os governantes com a inflação, considere os exemplos descritos a seguir.

Imagine que Isabel e Nathália cheguem a um acordo mediante o qual a primeira empresta \$ 100.000,00 à segunda pelo prazo de 1 ano. Credora e devedora acordam, também, que a inflação esperada para o período é zero e que a taxa de juros será de 7% aa. Assuma-se o imposto de renda devido nesta operação seja calculado pela alíquota de 25% sobre os juros recebidos. Para completar, considere a hipótese teórica de que a inflação no período tenha sido efetivamente zero. Nesta situação, Nathália irá pagar \$ 7.000. Desse montante, Isabel ficará com \$ 5.250 e o Fisco ficará com \$ 1.750. Do total pago pela devedora, 25% dos juros ficaram com o governo e 75% ficaram com a credora. Como não houve inflação, o ganho real da credora foi de 75% dos juros recebidos ou \$ 5.250.

Assuma uma segunda situação: as mesmas partes, o mesmo valor, prazo, e alíquota para cálculo do imposto, mas credora e devedora, no momento da contratação do empréstimo, concordam que a taxa esperada de inflação será de 5%, razão pela qual a taxa nominal de juros será de 12,35% aa. Suponha, ainda, que a inflação real no período termine igual à inflação esperada. No final do período, Nathália irá pagar \$12.350. Desse total, o fisco ficará com os mesmos 25%, ou seja, \$3.087, enquanto que Isabel receberá juros líquidos de impostos de \$9.263. Sucede que, durante o período, o capital mutuado sofreu uma desvalorização igual à taxa de inflação, ou seja, de 5% sobre o total emprestado, ou \$5.000. Assim, quando o credor fizer a conta e deduzir dos juros recebidos (\$9.263) o montante necessário para apenas manter o valor de compra do seu capital (\$5.000), perceberá que o seu ganho real e líquido de impostos, foi de apenas \$4.263. Este ganho é nominalmente menor do que aquele que Isabel teria se não houvesse inflação. Também é percentualmente menor, pois no cenário sem inflação, a credora ficava com 75% da taxa nominal de juros, enquanto que, no cenário com 5% de inflação, resta para a credora um valor real que representa pouco mais de 34% dos juros pagos pela devedora.

Imagine, agora, um terceiro exemplo, em tudo igual ao anterior, só que a taxa de inflação esperada e real seja de 10% e não de 5%. Nesta hipótese, a taxa nominal de juros será de 17,7%. A devedora irá pagar \$17.700. O Governo irá receber \$4.425. Isabel receberá líquidos, depois dos impostos, \$13.275, dos quais \$10.000 não representarão ganho real, mas mera recomposição da perda inflacionária, donde o seu ganho real será de \$3.275. Esse valor será ainda menor do que o verificado no exemplo anterior. A credora ficará com um valor real que representa apenas 18,5% dos juros pagos pela devedora.

Os três exemplos desta série mostram que a estrutura do sistema tributário brasileiro contribui diretamente para fazer com que, quanto maior seja a taxa de inflação, maior seja o tributo recolhido pelo poder público e menor o ganho real do credor. Tudo mais mantido igual, quanto maior a taxa de inflação, maior a arre-

cadação tributária do governo e menor o ganho real dos credores. Diante desta situação, os credores e investidores em geral ou se resignam a obter retornos decrescentes, ou passam a demandar taxas nominais de juros exponencialmente maiores à medida de que as taxas esperadas de inflação aumentam.

O impacto da inflação pode ser ainda mais dramático pelo lado do devedor, caso este seja uma pessoa cuja única fonte de renda sejam rendas monetárias fixas - por exemplo, um assalariado. Neste caso, o devedor suporta nas suas despesas todo o impacto da perda de valor da moeda e não tem a recomposição integral da mesma no lado das receitas.

4. PLANO REAL: PRIMEIRA REFORMA MONETÁRIA DA HISTÓRIA BRASILEIRA FEITA NUM REGIME VERDADEIRAMENTE DEMOCRÁTICO

Diversas tentativas foram feitas para combater a inflação no período de 1979 a 1985, mas nenhuma delas conseguiu êxito. Isso levou alguns economistas a desenvolverem uma teoria que admitia a existência de um componente inercial na inflação brasileira, o qual estaria diretamente ligado à própria indexação. Para estes teóricos, a extinção da indexação seria pré-requisito para o sucesso do combate à inflação.

O pensamento desses acadêmicos acabou sendo conhecido como “heterodoxo” porque eles se afastaram do pensamento econômico “ortodoxo” na medida em que consideravam que, para controlar a desvalorização da moeda (inflação), seria necessário o recurso a outras políticas além do controle da oferta da própria moeda.

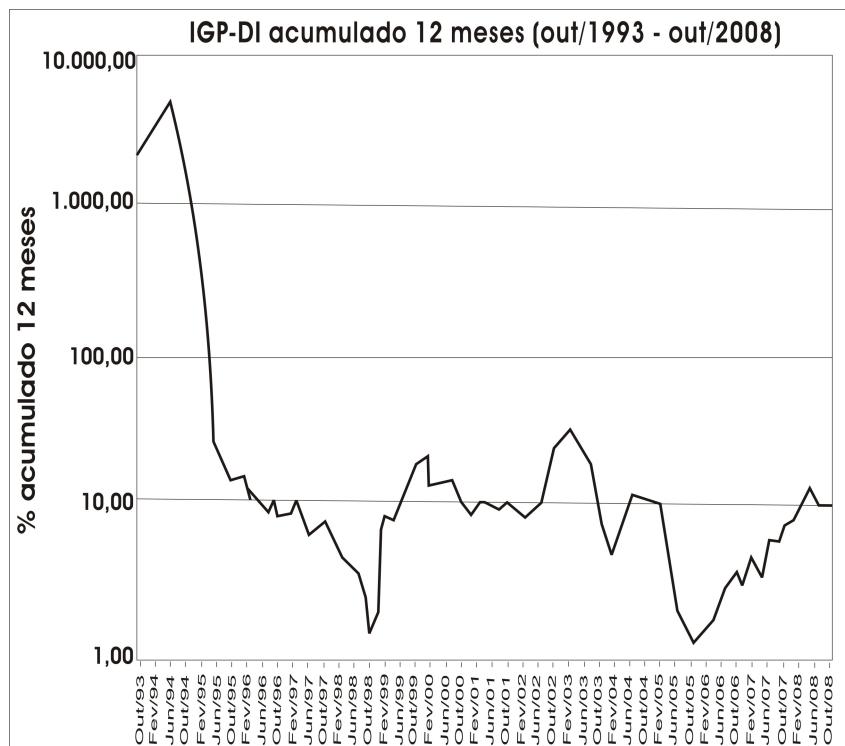
Para estes acadêmicos, era imperioso mudar as expectativas das pessoas no sentido de que elas, a partir de um determinado momento no tempo, passassem a agir admitindo a probabilidade de estabilidade nos preços no longo prazo. Isto exigia necessariamente a eliminação das cláusulas de indexação dos contratos que fossem firmados a partir de uma data preestabelecida e cessação dos efeitos das cláusulas de indexação existentes nos contratos já firmados.

O mecanismo imaginado para poder fazer este movimento foi a substituição da moeda, justamente para alterar a sua função de ser “unidade de conta”. Este ponto estava no centro do raciocínio

dos planos adotados entre 1986 e 1991. Todavia, o sucesso dessas iniciativas foi efêmero e decrescente. Os agentes econômicos, tendo aprendido que o governo federal estava dominado pela idéia da troca de moeda e pelo rompimento dos contratos, passaram a criar mecanismos de proteção que reduziam cada vez mais o já limitado espaço para a eficácia dos “pacotes-surpresa” do governo.

Em maio de 1993 a taxa anualizada da inflação medida pelo IGP-DI chegava a 1.501% e a taxa de juros no mercado interbancário ficou em 2.431% aa. Foi para combater esse quadro crônico que se chegou ao governo e criou o último plano econômico de combate à inflação brasileira no século XX.

O gráfico seguinte apresenta a evolução da inflação de outubro de 1993 a outubro de 2008, medida com base na variação percentual do IGP-DI acumulada a cada 12 meses.



O sucesso do Plano Real foi tão dramático que o gráfico teve que ser apresentado com o eixo que representa a taxa anual de inflação em uma função logarítmica.⁵ Em junho de 1994, mês imediatamente anterior à introdução da nova moeda, a inflação acumulada nos últimos 12 meses foi de 5.153%. Depois do advento do “Real”, a taxa anual de inflação despencou de maneira praticamente contínua até novembro de 1998, quando o IGP-DI acumulado nos 12 meses anteriores ficou em 1% (um por cento) - a menor taxa anual desde que o IGP começou a ser calculado em 1944. Desde então, choques macroeconômicos externos e crises políticas internas levaram a um recrudescimento da taxa anual de inflação para níveis que ficaram em torno dos 10%, sendo que durante a euforia do crescimento mundial de 2004 a 2007 a taxa anual de inflação voltou a ficar na casa de um dígito, fatos que não eram experimentados pelo Brasil desde a década de 1940.

O “Plano Real” é o mais bem-sucedido plano de estabilização econômica da história brasileira. Seu sucesso talvez só tenha paralelo em nossa história com a reorganização da economia levada a cabo por JOAQUIM MURTINHO após a crise do encilhamento no início do século XX. Feito ainda mais admirável, quando se observa que foi a primeira reforma monetária feita no Brasil sob um regime totalmente democrático, conduzida por um governo eleito pelo voto direto, cujo Poder Executivo cuidou de previamente anunciar e negociar abertamente com o Congresso todos os componentes do plano, com um claro compromisso com a neutralidade em relação aos contratos existentes.

O sucesso - político, econômico e monetário - do Plano foi imediato e relativamente duradouro. Ao contrário dos planos anteriores, que começavam com baixas taxas de inflação que rapidamente cresciam, com o “plano real”, a inflação caiu de imediato e continuou caindo. O IPC de julho de 94 foi de 5,5% (julho); no final de 1994 caiu para 0,57%.

Fernando Henrique Cardoso, Ministro da Fazenda que presidiu a implantação do plano, foi facilmente eleito Presidente da

⁵ Observe que os intervalos do % anual de inflação variam em múltiplos de 10.

República e reeleito em 1998, apesar dos baixos índices de crescimento da economia. Seu sucessor, eleito por um partido político que se opôs ferozmente à aprovação de todas as medidas legislativas do Plano Real, teve a sabedoria de manter a mesma orientação original do Plano e o resultado foi o mais prolongado período de estabilidade econômica que o país já teve na sua história republicana.

É verdade que ainda persistem graves problemas na sociedade brasileira, tanto no campo econômico quanto no social. Desigualdades, baixos níveis educacionais, criminalidade e desemprego crônico são pragas que assolam nosso país e demandam atenção permanente de todos. Todavia, também não se pode deixar de reconhecer que, passados 15 anos de sua edição, o “Plano Real” cumpriu sua missão de estabilizar a economia e conferir respeitabilidade à moeda nacional, a qual fora perdida desde os tempos do Estado Novo.

5. A MOEDA DE TRANSIÇÃO E O REGIME DE DUAS MOEDAS SIMULTÂNEAS

Começou a ser implantado com a promulgação da Medida Provisória nº 336, de 28 de julho de 1993, depois convertida na Lei nº 8.697, de 27 de agosto de 1993. No plano econômico, ele combinava um controle crescente sobre o déficit público com um conjunto de reformas estruturais na Constituição Federal e com uma reforma monetária implantada de forma gradual.

Em julho de 2003, o governo introduziu - com a Medida Provisória nº 336/93 - uma nova moeda, o “cruzeiro real”. Depois, em 27 de fevereiro de 1994 foi publicada a Medida Provisória nº 434 (mais tarde convertida na Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994), na qual foi instituída a Unidade Real de Valor - URV.

Foi a primeira vez na história que o direito positivo brasileiro se valeu explícita e diretamente da distinção entre as funções de “unidade conta” e “meio de pagamento” para a moeda. Pelo art. 1º da Lei nº 8.880/94, a URV era - desde a publicação da Medida Provisória - “moeda” que cumpria o papel de “unidade de conta” e como tal integrava, juntamente com o “cruzeiro real”, o Sistema Monetário Nacional.

O “cruzeiro real” continuava sendo “unidade de conta” e “meio de pagamento”, dotado de poder liberatório; a URV era só “unidade de conta”.

6. INDEXAÇÃO GERAL PELA URV

Pelo art. 4º da Lei nº 8.880/94, cabia ao Banco Central do Brasil fixar a paridade diária entre o “cruzeiro real” e a URV, tomando por base a perda do poder aquisitivo do primeiro e o § 2º desse mesmo artigo permitia que se utilizasse a perda de poder aquisitivo do cruzeiro real, em relação à URV, como índice de correção monetária.⁶

Com esse mecanismo, a nova “unidade de conta” - a URV - aumentava de valor conforme os preços expressos na velha “unidade de conta” - o cruzeiro real. A lei permitiu, ainda, que todos os preços fossem expressos na nova moeda “URV”, deixando para a velha apenas a função de meio de troca. Mais do que isso, o governo passou a usar diretamente a nova moeda nos seus próprios preços e obrigações,⁷ inclusive para o câmbio,⁸ sinalizando para toda a sociedade a conveniência de aderir à nova moeda. A URV se mostrou um índice de preços melhor do que os que vinham sendo utilizados anteriormente, pois tinha uma taxa diária de apreciação em relação à antiga e, deste modo, atraiu os agentes econômicos quase que naturalmente à sua adoção. Em outras palavras, era como se a URV fosse um dinheiro indexado e protegido da inflação. Na medida em que as pessoas foram contratando suas obrigações em forma tal que a URV era sua “unidade de conta”, o efeito foi uma ampla, geral e irrestrita indexação de toda a economia. Só que desta vez, uma indexação por um único índice - a própria URV.

⁶ O valor de uma URV foi inicialmente estabelecido em US\$ 1,00 e o Banco Central usou a taxa de inflação corrente para desvalorizar a antiga moeda (o cruzeiro real) tanto em termos de URV como em relação ao dólar americano. Com isso, ele manteve - até por mais tempo do que deveria - uma paridade fixa entre a nova moeda e o dólar.

⁷ Arts. 7º, 8º, 14, 15 e 35 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

⁸ Art. 5º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

É verdade que surgiram, aqui ou ali, resistências à conversão das obrigações da moeda velha para a URV. O Estado do Rio Grande do Norte, por exemplo, editou lei determinando a conversão dos vencimentos dos seus servidores da moeda velha para a nova por critérios diferentes dos estabelecidos na lei federal. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, reafirmou a competência exclusiva da União para legislar, mediante leis de ordem pública, acerca da matéria. Foram vários os julgados neste sentido. Merece destaque o voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE no julgamento do RE nº 291.188/RN, pela 1ª Turma, no qual, além de afirmar a competência privativa da União Federal para legislar sobre a matéria, também fixou importantes diretrizes para o direito monetário:

“Nas Federações - a partir da Carta de Filadélfia (art. I, seção 8,5) - o estabelecimento do sistema monetário sempre foi típica e exclusiva função legislativa do ordenamento central.

Estabelecer o sistema monetário - escusado o óbvio - consiste primacialmente na criação e eventual alteração do padrão monetário.

E a alteração do padrão monetário envolve necessariamente a fixação do critério de conversão para a moeda nova do valor das obrigações legais ou negociais orçadas na moeda velha. Insere-se, pois, esse critério de conversão no âmbito material da regulação do ‘sistema monetário’, ou do Direito Monetário, o qual, competência legislativa privativa da União (CF, art. 22, VI), se subtrai ao âmbito da autonomia dos Estados e Municípios.

Não se contesta que, sendo a regulação da moeda, em suas diferentes funções, um dos instrumentos mais relevantes de intervenção do Estado na economia, o Direito Monetário pode substancialmente ser considerado parte do Direito Econômico.

Não, porém, no que toca à discriminação constitucional de competências legislativas entre a União e os Estados: para esse efeito, a regra confia privativamente à União legislar

sobre ‘sistema monetário’ (art. 22, VI) é norma especial e subtrai, portanto, o Direito Monetário da esfera material do Direito Econômico, que o art. 24, I da Constituição da República inclui no campo da competência legislativa corrente da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Nem se compreenderia que, tendo reservado privativamente à União não apenas a legislação sobre sistema monetário (art. 22, VI), mas também a emissão de moeda (arts. 21, VII e 164)

- a Constituição houvesse aberto margem aos Estados para dispor a respeito, ainda que, em caráter suplementar, de modo a quebrar a rígida unidade monetária da economia nacional, que impôs, na esteira de todos os ordenamentos federativos.

Essas evidências palmares não foram questionadas nos numerosos planos precedentes de estabilização, que incluíram a alteração do padrão da moeda, todos mediante imediata conversão do valor de um milhar de unidades da moeda antiga em uma unidade do novo padrão: assim acontecera, inviável e sucessivamente, só no curso da minha vida - não tão longa assim - desde a substituição do 1000 réis pelo cruzeiro - denominação que ressurgiria diversas vezes, adjetivada ou não - até a MPr 336/93 - que instituiu o cruzeiro real.”⁹

Quando os preços relativos somente se moviam nessa nova unidade de conta, foi a hora de se dar o passo seguinte, com a atribuição de poder liberatório à nova “unidade de conta”.

⁹ Julgado em 08/10/2002, DJ 14-11-2002, p. 33. Para ver outros exemplos de decisões do STF sustentando a mesma orientação, consultar: RE-AgR 517069 / RN, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 06/11/2007, 1^a T., DJe-157 d. 06-12-2007; AI-AgR 649383 / MG, Rel. Min. EROS GRAU, j. 26/06/2007, 2^a T., DJe-087 d. 23-08-2007; RE-AgR 288129 / RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 10/12/2003, 2^a T., DJ 21-02-2003 p.50; RE-AgR 271630 / RN, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 11/03/2003, 1^a T., DJ 28-03-2003 p. 70; RE-AgR 277347 / RN, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 18/02/2003, 1^a T., DJ 14-03-2003 p. 31; RE-AgR-ED 277569 / RN, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 04/02/2003, 2^a T., DJ 07-03-2003 p. 47; RE 271601 / RN, Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 12/11/2002, 1^a T., DJ 13-12-2002 p. 76; RE-AgR 274902 / RN, Rel. Min. NELSON JOBIM, j. 10/09/2002, 2^a T., DJ 25-10-2002 p. 65; RE-AgR 275583 / RN, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 13/08/2002, 2^a T., DJ 06-09-2002 p. 92; e RE-AgR 323642 / RN, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 14/05/2002, 2^a T., DJ 21-06-2002 p. 128, dentre muitos outros.

7. CRIAÇÃO DA NOVA MOEDA: O “REAL”

Este terceiro passo do plano - a extinção da moeda velha, o cruzeiro real, atribuindo-se a função de “meio de troca” à nova moeda, a URV já então batizada de “real” - estava explicitamente previsto desde o início do plano pela Medida Provisória 434/94, e acabou ocorrendo em julho de 1994.

O intervalo de tempo entre a criação da URV e a sua conversão para “real” era um período de transição, em que as duas moedas existiram simultaneamente de modo a preservar o equilíbrio dos preços relativos, uma vez que a conversão de um preço em cruzeiro real para URV era feita livremente pelas forças da oferta e procura dos bens no comércio.

Essa característica a URV, de ser uma unidade monetária de transição, foi explicitamente reconhecida e aceita como válida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do mesmo RE nº 291.188/RN, no qual o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE também afirmou:

“Esse, porém, o cruzeiro real - porque não morreu de morte súbita, mas já nasceu destinado a dar à luz o Real (MPr 336, 28.07.93) -, teve falecimento prolongado e cuidadosamente planejado, que passou pelo período de sua convivência com a URV, a um tempo, amável assistente de sua agonia indolor e parteira do Real, seu glorioso herdeiro... ”

Importa, em termos jurídicos, é que - uma vez recordado, conforme a L. 8.880/94, o papel reservado à URV na transição entre dois padrões monetários - o Cruzeiro Real e o Real - fica patente que os critérios adotados na mesma lei para a conversão que se discute - de cruzeiros reais para a URV - esta constituiu uma fase intermediária de convivência com a moeda antiga do novo sistema monetário anunciado, a realizar-se, meses após, com a extinção do Cruzeiro Real e a emissão da nova unidade do sistema monetário - o Real - em que se converteria, ao par, a URV - Unidade Real de Valor.

A URV consistiu, assim, em instrumento de mutação, não integralmente imediata, da moeda antiga - o Cruzeiro Real - na nova unidade monetária, o Real.”

Este mecanismo virtualmente eliminou as fontes de tensão entre as partes contratantes e, assim, reduziu a resistência ao fim da inflação, sem necessidade de se recorrer ao artificialismo inútil do congelamento de preços.

Com todo esse mecanismo, o Real, depois da radical indexação da moeda velha, levou a economia brasileira a uma desindexação parcial na moeda nova e o fez de maneira gradual, contrariamente aos tratamentos de choque tentados nos planos anteriores.

O gradualismo e a granularidade da desindexação da economia podem ser observados na maneira como foram disciplinados os diferentes tipos de relações preexistentes na sociedade:

- a) Os salários e benefícios da Previdência Social foram convertidos para a URV no dia 1º de março de 1994 pela sua média dos quatro últimos meses. Convertido o salário para a URV, a periodicidade para o reajuste passava a ser anual. As eventuais perdas decorrentes deste processo de conversão seriam repostas na primeira data base do dissídio de cada categoria profissional, a partir de 01 de julho de 1994 (§ 3º do art. 27 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994);*
- b) A Taxa Referencial - TR, que fora criada no Plano Collor II, passou a poder ser calculada “a partir da remuneração média dos depósitos interfinanceiros, quando os depósitos a prazo fixo captados pelos bancos comerciais, bancos de investimento, caixas econômicas e bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimento deixarem de ser representativos no mercado, a critério do Banco Central do Brasil” (art. 37 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994);*
- c) Foi criado um novo índice de preços a ser apurado pelo IBGE, o Índice de Preços ao Consumidor, série r - IPC-r, que refletiria a variação mensal do custo de vida em Real para uma população objeto composta por famílias com renda até oito salários mínimos (art. 17 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994);*
- d) Os contratos geradores de obrigações pecuniárias celebrados antes de 28 de fevereiro de 1994 cujos efeitos se*

projetassem para prazos posteriores à adoção compulsória da URV (já denominada “real”) e que tivessem cláusula de reajuste de valor por índice de preços, teriam a aplicação desse índice de reajuste suspensa pelo prazo de um ano (art. 13 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994);

e) Para os mesmos contratos, o art. 38 da lei estabeleceu que o cálculo dos índices de correção monetária, no mês em que se verificasse a emissão do Real, bem como no mês subsequente, tomaria por base preços em Real, o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais, e os preços nominalizados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores. Qualquer estipulação em contrário era inquinada de nulidade.

Para os contratos celebrados a partir de 15 de março de 1994, inclusive, geradores de obrigações pecuniárias para serem cumpridas ou liquidadas com prazo superior a trinta dias, o art. 10 da Lei nº 8.880/94 exigia que fossem expressos em URV e o art. 11 da mesma lei permitia às partes estipular “cláusula de reajuste de valor por índice de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, desde que a aplicação da mesma fique suspensa pelo prazo de um ano”.¹⁰

A questão, sempre polêmica nos planos econômicos anteriores, era o tratamento dos contratos já existentes no momento da edição do plano. Seu equacionamento pelo Plano Real, no entanto, foi diferente do dispensado nas situações pretéritas.

Com a edição da Medida Provisória nº 434, de 27 de fevereiro de 1994, o mecanismo estabelecido foi em duas etapas. Na primeira delas, as partes tiveram liberdade para estipular, a partir de 1º de março de 1994, inclusive, a conversão da URV dos valores das obrigações pecuniárias de qualquer natureza (art. 7º). Esta conversão dependia de prévio acordo entre as partes quanto a rea-

¹⁰ Note-se que o texto do art. 11 da Lei nº 8.880/94 admitia a cláusula de reajuste para os contratos firmados em URV a partir de 01 de março de 94, enquanto que a obrigatoriedade da adoção da URV era para os contratos firmados a partir de 15 de março.

lizarem ou não tal conversão, mas, em sendo esta pactuada, pois, em decorrência daquela mesma Medida Provisória, o país passara a viver com duas moedas simultaneamente vigentes na economia: o cruzeiro real e a URV e não poderia a lei privar as partes dos direitos inerentes à propriedade previamente adquirido sobre uma delas, sob pena de incidir na mesma inconstitucionalidade que manchara o Plano Collor.

Por outro lado, caso as partes optassem pela conversão da obrigação de uma moeda para a outra, elas não tinham a liberdade de estabelecer índices diferentes daqueles vigentes para a economia como um todo, isto é, tinham que adotar a paridade entre o cruzeiro real e a URV estabelecida diariamente pelo Banco Central do Brasil (art. 4º da MP nº 434/94). A razão para isto decorre da própria natureza de “ordem pública” que permeia as leis que disciplinam o sistema monetário, o qual compreende - dentre os seus componentes essenciais - a definição do valor nominal das moedas vigentes no país e suas respectivas taxas de conversão.

As partes tinham liberdade de converter ou não a expressão pecuniária de cruzeiros reais para URV, mas não tinham liberdade para fixar a taxa de câmbio entre as duas moedas.¹¹

Mas o art. 7º da MP nº 434/94, foi além de facultar às partes a conversão voluntária das obrigações de cruzeiro real para URV. No seu parágrafo único ele também alertou a todos que as obrigações que não fossem convertidas voluntariamente, o seriam compulsoriamente, “preservado o seu equilíbrio econômico e financeiro, de acordo com critérios estabelecidos em lei.”

Para que não pairasse dúvida sobre qual seria o critério legal para a conversão automática prevista no parágrafo único do art. 7º e que seria determinada quando da emissão do real, o art. 38 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994 (em que foi convertida a Medida Provisória 434 de 27 de fevereiro de 1994) dizia que:

¹¹ Este entendimento foi firmado pelo STJ em diversos julgamentos, dentre os quais destacam-se: AgRg no RESP 617198/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, julgamento em 03/08/2004, DJ 27.09.2004, p. 256; RESP 441466/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 22/04/2003, DJ 09.06.2003, p. 179; AgRg no Ag 545505 / PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgamento 17/04/2008, DJe 05/05/2008.

“O cálculo dos índices de correção monetária, no mês em que se verificar a emissão do Real de que trata o art. 3º desta lei, bem como no mês subsequente, tomará por base preços em Real, o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios estabelecidos em lei.

Parágrafo Único. Observado o disposto no parágrafo único do art. 7º, é nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferente da estabelecida no caput deste artigo.”¹²

A data da emissão da URV pelo Banco Central, quando ela passou a ser denominada “real” ser dotada de poder liberatório, não fora estabelecida no art. 3º da Medida Provisória nº 434 de 27 de fevereiro de 1994, mas foi fixada pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, para o dia 1º de julho de 1994.

8. CONVERSÃO DAS OBRIGAÇÕES DE “CRUZEIRO REAL” PARA “REAL”

O regime de conversão das obrigações de cruzeiro real para real passou por três estágios.

O primeiro deles iniciou em 1º de março de 1994 e foi até 27 de maio de 1994. Neste período, as partes tinham a faculdade de pactuar livremente a conversão das prestações de uma unidade monetária para a outra. Se o fizessem, tinham de adotar a taxa de conversão do dia, fixada pelo Banco Central. Se não o fizessem, sabiam que, numa data ainda não definida, haveria uma conversão

¹² Este artigo é o resultado da conversão do art. 36 da Medida Provisória de 27 de fevereiro de 1994, o qual tinha a seguinte redação: “O cálculo dos índices de correção monetária no mês em que se verificar a emissão do Real de que trata o art. 3º desta medida provisória, tomará por base o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores. Parágrafo único. É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferente da estabelecida no caput deste artigo.”

automática, determinada pela lei, que tomaria “por base o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores”. Era, pois, uma faculdade das partes: converter desde logo pelo “câmbio do dia”, ou deixar para a data incerta da conversão geral e final de todas as obrigações pecuniárias, que seria realizada por um critério já conhecido, mas cujo valor ainda não o era.

O segundo estágio iniciou-se com a publicação da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994 e se prolongou até 1º de julho de 1994. Neste período as partes continuaram com a mesma faculdade de escolha que haviam adquirido com a Medida Provisória nº 434/94, mas, agora, elas já sabiam que a data da conversão geral e automática de todas as obrigações seria o dia 01 de julho de 1994.

O terceiro estágio foi no próprio dia 01 de julho de 1994, quando a URV foi emitida e passou a ser denominada “real”. Nesse dia, todas as obrigações ainda não convertidas voluntariamente, o foram *ex vi legis* e o critério usado tomou “por base preços em Real, o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores”.

Na véspera da primeira emissão da URV, que se passaria a chamar “real”, foi publicada a Medida Provisória nº 542, de 30 de junho de 1994 (que mais tarde veio a ser convertida na Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995), cujos artigos 12 a 26 disciplinaram em pormenor a conversão de todas as obrigações expressas na moeda velha - o cruzeiro real - para a nova - o real.

9. A POLÊMICA EM TORNO DO ART. 38 DA LEI N° 8.880/94

Todo esse mecanismo, porém, ainda gerou uma polêmica em torno do art. 38 da Lei nº 8.880/1994 acima transscrito. Instituições financeiras portadoras de títulos de emissão da União Federal com cláusula de reajuste pela variação do IGP-M da Fundação Getúlio Vargas (NTNs), acompanhados de outras pessoas adquirentes de CDBs emitidos por instituições financeiras, demandaram ao Judiciário a aplicação nos meses de julho e agosto de 1994 da correção monetária pelo IGP-M já sobre os saldos expressos em reais.

Algumas decisões judiciais acolheram estas ações, recusando aplicação ao art. 38 da Lei nº 8.880/1994, sob a alegação - explícita ou implícita - de ofensa ao art. 5º XXXVI da Constituição Federal. O argumento usado nesses julgados, de uma maneira geral, é que os casos concretos não discutiriam a constitucionalidade do art. 38 da Lei nº 8.880/94, mas sua aplicabilidade aos contratos firmados antes de sua vigência.¹³

A questão aqui, no entanto, é mais complexa. Primeiro de tudo, porque tanto os CDBs, quanto as NTN's, que haviam sido emitidos indexados pelo IGP-M já gozavam de liquidez diária, ou seja, podiam ser resgatados pelo seu titular a qualquer tempo desde antes da promulgação da Lei nº 8.880/94. Essa possibilidade de resgate automático dos títulos significa que o termo inicial, que suspenderia o exercício do direito ao recebimento do título, mas não a aquisição do direito, era diário. Em outras palavras, a cada dia o credor do título indexado adquiria o direito ao reajuste correspondente aquele mesmo dia. Não havia, nestes papéis, uma situação semelhante à da poupança, em que o depositante tivesse que ficar esperando o transcorrer de 30 dias para dispor da rentabilidade adquirida no início do prazo.¹⁴ O raciocínio aplicado pelos tribunais para condenar as alterações dos critérios de correção monetária nos planos anteriores não se aplicava aos títulos públicos e privados que já estavam disponíveis para resgate ou recompra em 01 de julho de 1994.

A moeda também é meio de troca e, como tal, tem o seu “valor de troca” desvinculado do valor nominal. Este é definido pelo Estado. Aquele, pelo poder de compra que a moeda encerra. Este “valor de troca” ou poder de compra é função direta do nível

¹³ Ver, a título de exemplo: TRF, 2^a Região, AC nº 255.309 (proc. nº 2000.02.01.071964-3), 4^a Turma, Rel. Des. Benedito Gonçalves, publicado no DJU/I em 05.07.2005, p. 131/132; e TJRJ, Apelação Cível nº 2003.001.00135, 16^a Câmara Cível, Rel. Des. Ronald Valladares, julgado em 13/05/2003, publicado em 21/05/2003.

¹⁴ Nem mesmo o fato do IGP-M ser um índice apurado mensalmente afeta o raciocínio desenvolvido no corpo do texto, pois é prática corrente do mercado financeiro calcular e aplicar os reajustes de preços, quando relativos a prazos menores que 30 dias, *pro rata tempore*, isto é, proporcional ao número de dias decorridos.

geral de preços na economia. A correção monetária consiste na modificação da expressão monetária de uma prestação pecuniária, de modo que ela represente para o seu credor um poder de compra relativamente estável, mesmo que o poder de compra da unidade monetária oficial varie no tempo. A atualização monetária, na frase consagrada em inúmeros de acórdãos dos mais diferentes tribunais do país, não muda o valor da obrigação cuja expressão monetária é corrigida.

Os índices de preços - e o IGP-M é um deles - são técnicas matemáticas para comparar e medir as variações entre preços expressos numa mesma moeda. O número índice, em si mesmo, não tem nenhum significado e não é expresso em nenhuma unidade. São as mudanças no número que são importantes. Mas estas mudanças têm de ser observadas entre grandezas comparáveis entre si. Não teria o menor sentido se comparar o preço que 1 quilo de filé tinha em dólares norte-americanos no mês passado com o seu preço em reais neste mês. Da mesma forma, não tem sentido comparar-se o nível geral de preços em cruzeiros reais em junho com o nível dos preços em reais em julho de 1994.

Mais uma vez, aqui é importante observar que o mecanismo do Plano Real foi diferente dos seus antecessores: nestes, a conversão da moeda se dava depois de iniciado o prazo submetido ao termo inicial, quando o direito à correção já estava incorporado ao patrimônio e a conversão da moeda velha para a nova só se fazia na data do aniversário do título ou direito do credor. No Plano Real, as partes já haviam contratado sabendo que, num determinado dia, a prestação pecuniária seria convertida de cruzeiro real para real e que as obrigações com cláusula de correção monetária seriam atualizadas tendo por base o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores. Além disso, os credores já tinham disponível para si a faculdade de receber seus créditos corrigidos pelo IGP-M até à véspera da conversão automática de moedas, pelo que, ao se fazer essa conversão automática, não havia nenhum termo prefixo, ou condição que subordinasse o exercício da pretensão do credor a qualquer evento futuro. Os

credores que chegaram ao dia 30 de junho de 1994 sendo titulares de créditos sujeitos ao IGP-M podiam, naquela mesma data ou em data anterior, ter exercido o direito de recuperar seus créditos recebendo a correção integral sobre a moeda velha até aquela data. Sabiam também que a partir de 1º de julho o valor de seus créditos passaria a ser corrigido por um índice que consideraria a variação dos preços já na nova moeda e não mais na antiga. Assim, se eles decidiram não exercer seu crédito, fizeram-no sabendo e preferindo o novo regime.

Na ordem jurídica contemporânea, as relações negociais não são reguladas exclusivamente pela vontade declarada pelas partes no instrumento contratual específico. Esta deve ser sempre interpretada à luz do regime jurídico vigente. A vontade das partes deve ser entendida a partir daquilo que elas declararam no contrato e que poderiam declarar pelo ordenamento jurídico. O conteúdo do negócio é composto pelo declarado no exercício da autonomia da vontade e do conjunto de dispositivos incluídos por força das normas regulamentadoras que, imperativamente impostas, ampliam o escopo da “vontade contratual”. Vontade declarada e regime monetário se justapõem formando um todo indissolúvel. Se as partes sabiam que - por força do art. 38 da Lei nº 8.880/94 - a expressão monetária das obrigações indexadas ao IGP-M teriam que ser convertidas automaticamente de acordo com o critério já definido em lei, tinham a faculdade de fazer a conversão antes, mas não o fizeram. Há que se entender não apenas que o mencionado dispositivo legal incide sobre a hipótese fática, como também que esta incidência estava abrangida no conteúdo do pacto firmado.

10. JURISPRUDÊNCIA “EM CONSTRUÇÃO” SOBRE O ART. 38 DO PLANO REAL

O art. 38 da Lei nº 8.880/94 é norma destinada a regular, justamente, as relações jurídicas estabelecidas antes do lançamento do Plano Real, mas que tinham seus efeitos protraídos no tempo; ou seja, a norma do art. 38 só faz sentido se alcançar a integridade do conjunto de relações firmadas antes do advento do Real, em Cruzeiros Reais, e que prosseguiam vigentes depois do

surgimento da nova moeda. O único significado possível para a existência desse artigo é a sua incidência a relações pretéritas, o seu afastamento sob o argumento de que sua aplicação ofenderia a garantia constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito equivale à declaração de sua inconstitucionalidade. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é que a decisão que afasta completamente a aplicação de uma norma jurídica significa a declaração de sua inconstitucionalidade e, mesmo quando feito sem a explicitação da inconstitucionalidade, a decisão há de ser proferida com obediência ao art. 97 da Constituição Federal, ou seja, mediante decisão que observe o princípio da reserva de Pleinário. Este é o sentido da Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Por outro lado, o art. 38 da Lei 8.880/94 é uma norma que regulamenta o referencial de correção monetária da mesma natureza que foram as Leis nº 6.205/75 e 6.423/77, na medida em que todas as três leis prescrevem o modo de se calcular a atualização monetária com base em índice de preços. Ele não criou novo referencial de correção monetária que substituisse os até então admitidos na legislação, simplesmente determinou o modo como a escala móvel dos índices de preços deveria funcionar nos meses de julho e agosto de 1994.

No passado, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que inexiste direito adquirido a certo critério de correção monetária se a lei nova estabelecer nova escala móvel.¹⁵ Agora, com o art. 38 da Lei nº 8.880/94, o mesmo deve ser o entendimento.

E é exatamente desta forma que o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a legislação do Plano Real. No julgamento do REsp 150056/RJ afirmou que

“Tempus regit actum é a regra geral para disciplinar as relações jurídicas. Não podem ser afetadas por modificações legislativas. A norma, todavia, não é absoluta. Em havendo

¹⁵ RE nº 107512/RS, 1^a Turma, julgado em 10.04.1987, RTJ 121/705; RE nº 106748/RS, 2^a Turma, julgado em 06.06.1986; RE nº 105137, 2^a Turma, DJ 27.09.1985; RE nº 110321/RS, 2^a Turma, julgado em 17.10.1986; RE nº 107763, 1^a Turma, julgado em 10.07.1987.

disciplina orgânica da política econômico-financeira, visando a reajustar a economia do país, de alcance nacional, como o Plano Real, tem aplicação imediata. O interesse público sobreira ao individual.”¹⁶

Também afirmando a aplicação imediata das leis do Plano Real pode ser lembrado o acórdão do STJ no REsp 150325/SP, onde se disse:

“A Medida Provisória nº 542/94, que instituiu o Plano Real, é norma de ordem pública, de eficácia plena e imediata. Logo, tendo modificado o padrão monetário nacional, alcança as relações jurídicas estabelecidas, como, por exemplo, as cláusulas de reajustes dos contratos de locação. Afastam-se, portanto, as limitações do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, contidas no art. 6º, parágs. 1º e 2º da Lei de Introdução do Código Civil. Precedentes (STF, RE nº 114.982/RS e STJ, RESP nºs 114.504/SP e 40.629/SP).”¹⁷

Ainda mais especificamente contrário à pretendida aplicação do IGP-M nos meses de julho e agosto de 1994 foram os seguintes acórdãos do STJ:

AgRg no RESP 404078/SC, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS:

“O STJ já pacificou a tese de que, no período do Plano Real, não houve expurgo inflacionário. Indevida a adoção do IGP-M em julho e agosto de 1994.”¹⁸

¹⁶ Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, julgado em 04/11/1997, DJ 19.12.1997, p. 67579. Na mesma linha: AgRg no REsp 617198 / PR, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 27/09/2004, p. 256; AgRg no REsp 877077 / PR, Rel. 1ª Turma, julgado em 17/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 291;

¹⁷ Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma, julgado em 19/10/1999, DJ 27.03.2000, p. 122. Para outras decisões do STJ na mesma direção, ver: RESP 94850/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, julgado em 18/12/2002, DJ 04.08.2003, p. 444; RESP 300043/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, julgado em 04/10/2001, DJ 27.05.2002, p. 206; e AgRg no REsp 877077/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, julgamento em 17/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 291.

¹⁸ 1ª Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 24.11.2003, p. 217.

“No tocante ao expurgo do Plano Real, a decisão agravada não merece reforma, pois encontra amparo na jurisprudência pacificada nesta egrégia Corte Superior de Justiça no sentido de que não se aplica o índice IGPM/FGV nos meses de julho e agosto de 1994.”¹⁹

Finalmente, há o julgamento da 1^a Turma do STJ do Resp nº 663781/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO.²⁰

Trata-se de mandado de segurança visando ao reconhecimento do direito à atualização monetária de Notas do Tesouro Nacional (NTNs) com base no IGP-M (índice previsto na legislação vigente à época da emissão desses títulos), sem a observância da norma contida no art. 38 da Lei 8.880/94. O impetrante entendia que este artigo era inconstitucional por violar o direito seu adquirido à correção pelo IGP-M, no que foi acompanhado pela sentença de primeiro grau.²¹ O Banco Central, apontado como autoridade coatora, apelou e o TRF da 2^a Região deu provimento à apelação e à remessa de ofício, para denegar a ordem, entendendo que seria inafastável a forma de correção monetária disposta no art. 38 da Lei 8.880/94, que passou a atualizar o título público pelo IGP-2, afirmando que

“A aplicação da correção monetária em desacordo com a regra estabelecida na referida Lei 8.880/94 causaria lesão à economia pública, haja vista que a realidade econômica quando do resgate do título (inflação praticamente zero) era bem diversa daquela existente quando de sua aquisição.”²²

¹⁹ 2^a Turma, julgado em 20/05/2003, DJ 03.11.2003, p. 299. Para outros acórdãos com igual orientação, ver: RESP 426307/PR, Rel. Min. José Delgado, 1^a Turma, julgado em 20/06/2002, DJ 09.09.2002, p. 179; e RESP 291093/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 2^a Turma, julgado em 19/11/2002, DJ 19.04.2004, p. 169.

²⁰ Julgado pela 1^a Turma em 01/03/2005, DJ 25.04.2005, p. 243.

²¹ 18^a Vara Federal do Rio de Janeiro.

²² Apelação em Mandado de Segurança nº 98.02.12126.6-RJ, julgada pela 2^a Turma do TRF da 2^a Região, em 15/04/2003. No voto condutor do acórdão, o Des. Paulo Espírito Santo disse: “A realidade econômica, quando da emissão e aquisição das NTN’s, era bem diversa

Veio o Recurso Especial e o seu julgamento, ocorrido em 01 de março de 2005 é digno de destaque porque colocou em confronto as teses mais relevantes sobre a matéria.

O relator, Min. JOSÉ DELGADO, negou provimento ao recurso especial, à consideração, em síntese, de que “o princípio da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos – *pacta sunt servanda* – não pode ser levantado em face de uma norma de ordem pública, não havendo razão para que uma avença de natureza eminentemente privada se sobreponha ao interesse público” e que “as leis de natureza reguladora do mercado financeiro são de ordem pública, podendo alterar os índices de correção monetária e aplicá-los imediatamente para atualizar os valores dos títulos públicos em circulação no mercado”.²³

O Min. LUIZ FUX, em voto-vista, deu provimento ao apelo, por entender que a distinção entre leis de ordem pública e de ordem privada não pode ser invocada para desconstituir ato jurídico perfeito consubstanciado em contrato.

Pediu vista o Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI e o seu voto reconciliou as duas teses que pareciam antagônicas. Reafirmou o princípio de que “todos os preceitos normativos infraconstitucionais, mesmo os que tratam de matéria de ordem pública, estão subme-

daquela encontrada quando de seu resgate. O contexto nacional que se apresentou após a Lei nº 8.880 é outro, não sendo justo conceder à Corretor o índice do IGP-M (40%), enquanto a inflação era praticamente zero. Não se trata de uma lei que veio afetar algumas empresas ou determinadas pessoas. Foi uma lei que atingiu a toda a população do País, surgida em resposta a necessidade de controlar a inflação que a todos afligia. O princípio da obrigatoriedade dos cumprimentos dos contratos - *pacta sunt servanda* - não pode ser levantada em face de uma norma de ordem pública, não havendo razão para uma avença de natureza eminentemente privatística venha se sobrepor ao interesse público. Ademais, a correção monetária não é um plus, um acréscimo patrimonial; mas deve representar tão-somente o valor original do capital investido. Assim, num ambiente econômico no qual a inflação caiu drasticamente, a aplicação do índice pretendido seria enriquecimento sem causa.”

²³ Este voto do Min. José Delgado está em linha com diversos outros julgados sobre a mesma matéria, como se vê, a título de exemplo, nos seguintes acórdãos: TRF 2^a Região, AMS 98.02.05693-6/RJ, Rel. Des. Julieta Luz, julgado em 06.09.1998, publicado no DJU em 17.11.1998; TJRJ, 3^a Câmara Cível, Apelação Cível nº 2001.001.26498, Rel. Des. Antônio Eduardo F. Duarte, julgado em 31/08/2004, publicado no DJ em 10.09.2004, p. 39; e TJRJ, 3^a Câmara Cível, Apelação Cível nº 1999.001.09891, Rel. Des. Antônio Eduardo F. Duarte, julgado em 16/11/1999, publicado no DJ em 01.12.1999.

tidos à cláusula constitucional do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada,” mas prosseguiu fazendo duas distinções importantes.

A primeira foi entre a aplicação retroativa (= incidência sobre fatos passados) da aplicação imediata (= incidência sobre fatos presentes e futuros) da lei. A aplicação retroativa é a que faz a norma incidir sobre suportes fáticos ocorridos no passado. Esta incidência será ilegítima, salvo se dela não resultar violação a direito adquirido, a ato jurídico perfeito ou a coisa julgada.

Assim, não seria vedada a incidência retroativa de norma nova que, por exemplo, importasse situação de vantagem ao destinatário. Aplicação imediata é a que se dá sobre fatos presentes, atuais, não sobre fatos passados. Em princípio, não há vedação alguma a essa incidência, respeitada, evidentemente, a cláusula constitucional antes referida.

A segunda distinção relevante foi entre o direito adquirido e o direito à manutenção de regime jurídico, ou melhor, entre direito adquirido fundado em ato de vontade (contrato) e direito adquirido fundado em preceito normativo, de cunho institucional, para cuja definição o papel da vontade individual é absolutamente neutro. No primeiro caso (direito adquirido fundado em ato de vontade) há uma situação peculiar, cujo conteúdo é individualmente determinado e pode variar de um para outro titular. É o caso da situação de um credor, de um devedor, de um locatário, em que o conteúdo da situação é específico para cada qual, modela-se pelo ato individual (e não por via geral, como no caso anterior).

O ato individual (ato subjetivo), ao mesmo tempo em que cria a situação jurídica, investe nela o indivíduo. Já no segundo caso (direito adquirido fundado em preceito normativo), o titular do direito usufrui de uma situação geral e imposta, cujo conteúdo é necessariamente o mesmo para todos os indivíduos que delas são titulares, pois tal conteúdo é determinado por disposição legal. As alterações nas situações gerais se aplicam de plano, alcançando os que nelas estão investidos, enquanto que as situações individuais e subjetivas permanecem intangíveis, intactas.

Feitas estas distinções, prosseguiu o Min. ZAVASCKI afirmando:

“Não existe, portanto, direito adquirido a manter inalterado determinado regime jurídico e, quanto a isso, como se viu, há absoluta harmonia entre doutrina e jurisprudência. Confirmam-se, nesse sentido, alguns outros exemplos retirados da jurisprudência do STF, frutos dessa linha de pensamento: a) o direito a aposentadoria regula-se pela lei vigente ao tempo em que forem implementados todos os requisitos necessários. Antes disso, não há direito adquirido, nada impedindo que a lei seja alterada, com modificação do regime vigente (súmula 359-STF; RTJ 75/481); b) não há direito adquirido a determinado regime jurídico de servidor público. O servidor pode adquirir direito a permanecer no serviço público, mas não adquirirá nunca o direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições (RTJ 119/1324); c) enquanto não completado integralmente o período aquisitivo correspondente, não há direito adquirido a licença-prêmio ou à sua conversão em dinheiro, nada impedindo que o legislador modifique ou mesmo extinga tais vantagens (RTJ 123/681); d) não há direito adquirido a vantagem prevista em lei enquanto não implementada a condição temporal que a autorizaria (RTJ 123/372).”²⁴

(...)

“O real, como se sabe, foi o novo padrão monetário resultante do Programa de Estabilização Econômica denominado “Plano Real”, implantado no País em 1994, pela Lei 8.880/94, antecedida por Medidas Provisórias várias vezes reeditadas. Os novos critérios de cálculo da correção monetária, adotados pelo art. 38 da Lei, formaram parte do

²⁴ O voto do Min. Zavascki, neste particular, acompanha diversos outros acórdãos profíciros inclusive sobre o tema da aplicabilidade do art. 38 da Lei nº 8.880/1994, como, por exemplo: TJRJ, 9^a Câmara Cível, Apelação Cível nº 1996.001.01830, Rel. Des. Mariana Pereira Nunes, julgado em 05/06/1996, publicado na **Revista de Direito do TJRJ**, v. 31, p. 187; e STJ, Resp nº 113.151 / SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6^a Turma, julgado em 24/02/1997, DJ 12.08.1997, p. 36290.

conjunto de medidas para disciplinar as consequências, nas relações econômicas, decorrentes da adoção do novo padrão monetário, nomeadamente as relacionadas com a redução das perdas do poder aquisitivo da moeda. Ninguém nega, assim, que o art. 38 da Lei 8.880/94, ao dispor sobre o regime da moeda, é preceito normativo que atua em domínio jurídico insusceptível de modificação por ato de vontade dos indivíduos.

Resta saber se o seu comando pode ser aplicado às Notas do Tesouro Nacional de que tratam os autos. A criação da NTN foi veiculada pelo art. 30 da Lei 8.177/91 e regulamentada pela Lei 8.249/91 e pelo Decreto 317/91, com as alterações do Decreto 334/91. O papel da vontade, em relação a tais títulos, foi determinante apenas na sua aquisição, mas não na sua formação. Neles se previu, é certo, a incidência de correção monetária. Porém, os critérios para apurar os índices de atualização monetária incidente foram estabelecidos em lei, ato normativo de caráter geral, aplicável a esses títulos e a todos os demais. Ora, ainda quando incluídos em ato de natureza contratual, os critérios de apuração dos índices de correção monetária permanecem indisponíveis à vontade individual. A propósito, no estudo acima referido anotamos o seguinte:

‘Aliás, mesmo nas situações de natureza contratual - que, como assevera a doutrina, nunca são encontráveis em estado puro -, a lei nova incide imediatamente sobre as cláusulas nele incorporadas por força de preceito normativo cogente, ou seja, aquelas cujo conteúdo foge ao domínio da vontade dos contratantes. Realmente, em casos de situações jurídicas oriundas de contratos, notadamente em se tratando de contratos de trato sucessivo e execução diferida, que incorporam cláusulas regradas por lei, é pacífica a jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido à manutenção de tais cláusulas. Disciplinadas em lei de forma abstrata e geral, elas são suscetíveis de alteração com eficácia imediata, inclusive em relação aos contratos em curso de execução.

Assim: “...as normas que alteram padrão monetário e estabelecem os critérios de conversão dos valores em face dessa alteração, se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam do regime legal da moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito...” (RE 114.982, DJ 1º.03.91, Min. Moreira Alves). No mesmo sentido: RTJ 141/1001, Min. Ilmar Galvão: “não há direito adquirido a determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil-reis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento” (RTJ 117/376); “não há direito adquirido a que os benefícios de previdência privada sejam fixados segundo o valor do salário mínimo, se lei posterior fixa nova escala móvel, alcançando obrigações de origem contratual ou não” (RTJ 118/709; no mesmo sentido: RTJ 121/776, 122/1077, 122/ 1147 e 124/633). É nesse sentido também a orientação do STJ, que a adotou, por exemplo, no que se refere às cláusulas contratuais de reajuste de prestações e benefícios da previdência privada (RSTJ 3/1032), em contratos de locação (RSTJ 9/391) e em relação a normas que procederam “expurgo” de correção monetária mediante aplicação de “tablitas” (pgs. 258-9).’

Em suma: não há direito adquirido à manutenção do regime legal sobre índices de correção monetária. Tal regime, que decorre de lei, mesmo quando incorporado a contrato, fica sujeito a alteração a qualquer tempo, por ato legislativo, que, embora deva respeitar o direito adquirido (= observância do critério da lei antiga em relação à correção monetária pelo tempo já decorrido), tem aplicação imediata, para alcançar fatos presentes e futuros (= correção monetária relativa ao período a decorrer).

No caso em exame, embora a aquisição das Notas do Tesouro Nacional pela impetrante tenha decorrido de um ato de vontade seu, isso não significa que tenha direito à manutenção, para o futuro, de regime monetário vigente à época da aqui-

sição. E o art. 38 da Lei 8.8890/94, embora tenha alcançado as situações jurídicas em curso, certamente não operou retroativamente. Realmente, nos termos do art. 1º, § 4º, VI, do Decreto 317/91, a atualização do valor nominal das NTNs-C era feita pela ‘variação do Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M), do mês anterior, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)’. A atualização do valor nominal dava-se semestralmente, para fins de cômputo dos juros, pagáveis com essa periodicidade (art. 1º, § 4º, VII) e, na data do vencimento, para resgate do principal. Nesse contexto, quer se considere que o fato gerador do direito dos titulares das NTN's à aplicação do IGP-M ocorria (a) quando do transcurso do mês seguinte àquele em que se calculou o índice, ou (b) quando do transcurso do semestre findo o qual deveria ser realizada a atualização do valor para cálculo dos juros, ou (c) quando do vencimento do título, em que se faria a atualização para resgate do principal, tem-se que a inovação na sistemática de cálculo da correção monetária contra a qual se insurge a imetrante foi anterior a qualquer desses eventos. Com efeito, de acordo com as informações constantes na inicial, a autora adquiriu o primeiro “lote” de NTN's em 1º.07.1993, com vencimento em 1º.10.1994 (fls. 2 e 33). Já em 27.02.1994, porém, foi editada a Medida Provisória 434, convertida na Lei 8.880, de 27.05.1994, determinando que ‘o cálculo dos índices de correção monetária, no mês em que se verificar a emissão do Real de que trata o art. 3º desta lei, bem como no mês subsequente, tomará por base preços em Real, o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios estabelecidos em lei’ (art. 38, caput, da Lei 8.880/94). A alteração do padrão monetário e da sistemática de cálculo do índice dos meses de julho e de agosto de 1994, como se vê, foi introduzida em fevereiro daquele ano – antes, portanto, de agosto daquele ano (mês seguinte àquele a que se referiria o índice), de janeiro de 1995 (mês em que ocorreria a atualização

monetária para cômputo dos juros) e de outubro de 1995 (mês do resgate do principal)."

No julgamento perante a Turma, prevaleceram os votos dos ministros JOSÉ DELGADO e TEORI ZAVASCKI. A parte vencida interpôs Embargos de Divergência, cujo processamento foi suspenso em decorrência do efeito suspensivo dado pelo Supremo Tribunal Federal ao processamento da ADPF nº 77.²⁵

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 77 que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) argumentou que as decisões de tribunais estaduais e regionais federais que deixavam de aplicar o art. 37 da Lei nº 8.880/94 estavam, na prática, negando o princípio fundamental da soberania da União para legislar sobre o regime monetário, mesmo quando o faziam sob o argumento de que o mesmo não incidiria na hipótese, ou que, incidindo, não poderia ser aplicado por violar o direito adquirido. O ponto central da discussão nessa ação é exatamente a constitucionalidade, ou não, do mencionado art. 38.

O relator original da ADPF, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE deferiu a medida cautelar em agosto de 2006, determinando a suspensão de todas as ações, inclusive rescisórias, que discutissem a constitucionalidade do mencionado dispositivo legal. Com a aposentadoria de Pertence, a relatoria da matéria passou para o Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, que o substituiu. O novo relator submeteu a liminar ao plenário do STF, votando pela manutenção da mesma.²⁶ Seis ministros votaram pelo cabimento da ação e pela manutenção da liminar, mas o julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Min. CEZAR PELUSO.

²⁵ Despacho do Ministro relator publicado no DJ de 12/05/2008.

²⁶ Votaram nesse sentido MENEZES DIREITO (relator), GILMAR MENDES, CÂRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, RICARDO LEWANDOWSKI, EROS GRAU e JOAQUIM BARBOSA. Em sentido contrário, votaram os Min. MARCO AURÉLIO (entendendo que não caberia ADPF, mas que a matéria poderia ser examinada como uma Ação Declaratória de Constitucionalidade) e AYRES BRITTO (entendendo que o caso não poderia ser analisado nem por meio de ADPF, nem por meio de ADC).

Não obstante a vigência da liminar deferida no processamento da ADPF nº 77, a 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo deu continuidade ao julgamento de uma apelação que discutia a mesma tese, qual seja a aplicação, ou não, do art. 38 da Lei nº 8.880/94 a contratos firmados antes da sua publicação. A corte paulista decidiu que o mencionado artigo não incidiria na hipótese porque ele somente poderia incidir sobre fatos posteriores à sua edição e condenou a instituição financeira a complementar o pagamento de uma obrigação com a diferença dos supostos expurgos inflacionários.

A instituição financeira, inconformada com o desrespeito pelo tribunal paulista à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ajuizou perante o STF uma Reclamação²⁷ com o objetivo de fazer restaurar a autoridade inerente às decisões emanadas do Supremo. O relator deferiu a liminar em 13 de setembro de 2007 para suspender o processo, para que se aguarde a decisão do Plenário sobre a ADPF 77 e o julgamento de tal medida também ainda não havia sido concluído quando da conclusão da redação deste artigo.■

²⁷ Rcl/5512 - SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Extensão da Falência e o Grupo de Sociedades

Jorge Lobo

Procurador de Justiça (aposentado) do MPERJ.

“E será minha culpa, se assim é?”

Maquiavel

I - A JURISPRUDÊNCIA

Os Tribunais de Justiça do país têm decidido que deve “estender-se a falência”, ou “os efeitos jurídicos da falência”, “às sociedades do mesmo grupo” se ficar provado abuso da personalidade jurídica da sociedade falida para fraudar a lei, violar contratos ou prejudicar os direitos e interesses de credores, consoante se verifica do v. acórdão da colenda Terceira Turma do STJ, Rel. Min. CASTRO FILHO, no julgamento do REsp. nº 228357-SP: “O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei nº 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na *teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo*, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso do direito, para fraudar a lei ou prejudicar credores”.

Por igual, o v. acórdão da mesma egrégia Terceira Turma do STJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, no julgamento do ROMS 14168/SP: “Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. *Grupo de sociedades*. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. *Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial às demais sociedades do grupo*. Possibilidade. ...

Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem duas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implica prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio Juízo Falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando à defesa de seus direitos”.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica também tem servido de fundamento para a extensão dos efeitos jurídicos da falência de uma sociedade para outra do mesmo grupo econômico quando restar demonstrado:

- (a) haver confusão patrimonial entre sociedades grupadas com caixa único e utilização de idênticas instalações e pessoal;*
- (b) uso de diferentes denominações sociais e uma só pessoa jurídica;*
- (c) ter havido transferência de ativo da falida a preço vil para sociedade controladora ou controlada do mesmo grupo;*
- (d) serem sociedades controladas e administradas pelas mesmas pessoas, em geral da mesma família etc.*

Embora louvável o propósito de coibir abusos do controlador de grupo de sociedades de fato ou de direito causadores de

prejuízos a credores, impõe-se rever e discutir, com profundidade, independência e espírito crítico, a orientação dominante da jurisprudência, eis que existem dispositivos na LSA e na LRFE que alcançam idênticos objetivos sem “quebrar”, indevidamente, sem previsão e amparo legal, nenhuma sociedade do grupo econômico ao qual pertença a sociedade falida.

II - EXTENSÃO DA FALÊNCIA NO DIREITO PÁTRIO

O D.L. nº 7.661, de 1945, não admitia a extensão da falência de uma sociedade para outra nem mesmo nas hipóteses de sociedades com sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais, isto é, não havia previsão de extensão da falência:

- (a) *das sociedades em nome coletivo para seus sócios (art. 316, do revogado Código Comercial; art. 1.039, do Código Civil);*
- (b) *das sociedades de capital e indústria aos sócios capitalistas (art. 317, do Código Comercial de 1850);*
- (c) *das sociedades irregulares e de fato aos seus sócios (arts. 301 e 304, do extinto Código Comercial);*
- (d) *das sociedades em comandita simples aos sócios solidariamente responsáveis pelas dívidas sociais (art. 311, do Código Comercial; art. 1.045, do Código Civil) e*
- (e) *das sociedades em comandita por ações aos sócios diretores (arts. 280 a 284, da LSA, e 1.090 a 1.092, do Código Civil).*

Em lamentável retrocesso, a Lei nº 11.101, de 2005, — a LRFE — estabelece, no art. 81, e exclusivamente na hipótese nele especificada, por tratar-se de norma excepcional, que *não autoriza nem interpretação analógica nem extensiva, que “a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falências destes”, o que jamais se dá em um grupo de sociedades, sempre constituído apenas e tão-somente por sociedades cuja responsabilidade dos sócios é limitada.*

III - EXTENSÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DA FALÊNCIA ÀS SOCIEDADES DO MESMO GRUPO ECONÔMICO

A partir do art. 5º do D.L. nº 7.661, de 1945, que sujeitava os “sócios solidários ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais aos demais *efeitos jurídicos* que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida”, e sobretudo fundada na teoria da desconsideração da personalidade jurídica do ente moral, mesmo antes do Código Civil de 2002, a jurisprudência, em casos especialíssimos, marcados por atos fraudulentos de várias naturezas e espécies, praticados com o evidente fim de burlar a lei e lesar credores, passou a admitir a *extensão dos efeitos jurídicos da falência de uma sociedade para outra* ainda que não se tratasse de sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações e dívidas da falida (REsp. nº 63.652, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, da Quarta Turma do STJ).

Na prática, “estender a falência” ou “estender os efeitos jurídicos da falência” de uma sociedade a outra traz idênticas consequências jurídicas, econômicas, administrativas e políticas, pois:

- (a) *a sociedade, para a qual foram estendidos os efeitos, tem seu estabelecimento lacrado, suas atividades paralisadas e seus bens e direitos arrecadados, custodiados e avaliados;*
- (b) *seus administradores perdem o direito de gerir os bens sociais e deles dispor, sendo imediatamente afastados da direção da sociedade e substituídos pelo administrador judicial;*
- (c) *as dívidas da sociedade se vencem antecipadamente;*
- (d) *os administradores da sociedade ficam sujeitos aos deveres prescritos no art. 104 da LRFE, etc.*

IV - GRUPO DE SOCIEDADES

Em 1978, no livro *Grupo de Sociedades*, escrevi: “O grupo de sociedades é uma técnica de gestão e de concentração de empresas, que faz nascer um interesse novo, externo e superior ao de cada uma das sociedades isoladas, o qual, muitas vezes, não coincide nem com os interesses perseguidos pela sociedade dominante, nem com os propósitos das sociedades dominadas.

As sociedades componentes do grupo, *mantendo, cada uma, personalidade e patrimônio próprios e autônomos*, ao invés de constituírem uma nova entidade econômico-financeira, reúnem-se sob uma direção única, para, somando esforços e valores de várias naturezas, alcançar objetivos comuns, o mais das vezes de difícil consecução pelas sociedades isoladas. Não obstante concentradas em grupo, preservam, em princípio, seu objeto social e seus órgãos diretivos.”¹

Em 1988, no artigo “Grupo de Sociedades”, reproduzi o pensamento de FRAN MARTINS: “o que caracteriza um grupo de sociedades é o fato de constituir ele *um conjunto de sociedades juridicamente independentes mas economicamente unidas*”, segundo “um princípio hierárquico”, em que conservam “sua personalidade moral própria sob a dominação, sob a direção comum, de um mesmo sujeito de direito” (Comentários à Lei das S.A., Forense, 1979, v. 3º, p. 420, nº 1.118)².

Em 1998, no estudo “Direito dos Grupos de Sociedades”, ressaltei: “Numa economia capitalista, caracterizada pela livre, acirrada e, por vezes, desleal concorrência, não apenas a empresa precisa constantemente desenvolver-se (expansão interna), como, por igual, concentrar-se (expansão externa), com o escopo de aumentar a produção e conquistar consumidores, sobretudo em diferentes países e, até mesmo, em diversos continentes.

A internacionalização e a interdependência dos mercados, no que se convencionou denominar “globalização da economia”, induzem, quiçá impõem, às empresas, até então preparadas para atenderem apenas a uma demanda local, regional ou nacional, se expandirem internamente, quer através de recursos financeiros de seus próprios acionistas ou dos investidores do mercado de capitais (aumento de capital mediante subscrição pública de ações ou lançamento público de debêntures conversíveis em ações), quer através de autofinanciamento (aumento de capital mediante capitalização de lucros e reservas), quer através de fusões e incor-

¹ Ed. Forense, 1978, p. 31/32.

² RT, 1988, v. 636, p. 29/30

porações, com o objetivo de, modernizando os processos técnicos de administração, fabrico e distribuição de produtos e serviços, ‘torná-las’, destaca GALBRAITH no livro **O novo Estado Industrial**, ‘dinâmicas, maciçamente capitalizadas e altamente organizadas, para obter maior produtividade e maiores lucros com menores custos de produção’, o que culminará por transformá-las, acentua ALVIN TOFFER na obra **Empresa Flexível**, em ‘empresas com nomes consolidados e produtos famosos; empresas com patrimônios que se elevam a bilhões de dólares; empresas com dezenas e até centenas de milhares de empregados; empresas de reputação invejável em Wall Street e com posições aparentemente inexpugnáveis em seus mercados’.

Mas, na “Era da Incerteza”, não é suficiente a empresa atingir a sua “dimensão ótima”, não basta, declara GALBRAITH, ‘estar em evidência tanto em Hong Kong e Singapura como em Nova Iorque, Bruxelas ou Madri’, para manter-se competitiva, portanto, nesse estágio de seu desenvolvimento, faz-se necessário que a empresa se expanda externamente, sob pena até mesmo de perecer.

A experiência demonstra que a expansão interna da empresa provoca problemas de ordem (a) administrativa, (b) financeira e (c) jurídica, pois torna-se difícil (a’) assegurar uma gestão eficiente e rentável, (b’) garantir vultosos recursos financeiros, indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento, e (c’) coibir abusos, sobretudo os ligados ao direito da concorrência, o que levou administradores, economistas e advogados a criarem mecanismos que permitam à empresa continuar a crescer, não mais apenas internamente, em especial através dos processos de fusão e de incorporação de companhias concorrentes, que levam à concentração primária ou concentração na unidade, em que há perda da autonomia jurídica e econômica, mas através da expansão externa.

A expansão externa da empresa moderna aperfeiçoa-se através da aquisição do controle societário (a) de empresas congêneres, formando-se um grupamento horizontal, e (b) de empresas fornecedoras de matéria-prima e de distribuição de produtos, fa-

zendo surgir um grupamento vertical, ambos ensejando o fenômeno da concentração na pluralidade ou do grupo de sociedades, em que se mantém a autonomia jurídica, mas perde-se a independência econômica e patrimonial.”³

Essa opinião, pacífica entre os estudiosos do grupamento de sociedades, é reiterada, entre muitos outros autores de nomeada, pelo Prof. Dr. JOSÉ AUGUSTO Q. L. ENGRÁCIA ANTUNES, Mestre em Direito pela UPC de Lisboa e Doutor em Direito pelo Instituto Universitário Europeu, Florença, ao enfatizar que os elementos característicos dos grupos de sociedades são “a independência jurídica das sociedades integrantes e a unidade de direção econômica das entidades integrantes.”⁴ (grifos do original)

Hoje, como há trinta anos, após ler e reler as obras e estudos de CL. CHAMPAUD, G. KEUTGEN, R. RODIERE, P. SANDERS, RAFAEL M. MANÓVIC e JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, estou convencido de que as *sociedades grupadas*, quer pertençam a grupos de fato, quer a grupos de direito, se mantêm, sob o aspecto jurídico, independentes e autônomas umas das outras, por força do instituto da personificação, extraordinária conquista da Ciência Jurídica, que os operadores do Direito, em suas diversas áreas de atuação, têm o dever de preservar em toda sua plenitude e grandeza e, por conseguinte, o dever de insurgirem-se contra o desvirtuamento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, sobretudo quando ela é empregada para “estender a falência” ou “estender os efeitos jurídicos da falência”:

- (a) de controladora para sociedades controladas ou coligadas;
- (b) de controlada para outras controladas ou coligadas;
- (c) de coligada para suas controladoras e demais sociedades do mesmo grupo, e, inclusive, como *in casu*,
- (d) de sociedade controlada para sua controladora.

³ Revista Forense, 1998, v. 341, p. 90/92.

⁴ Os Grupos de Sociedade, Ed. Almedina, 1993, p. 26.

V - DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

É curial, conforme doutrina pacífica, exposta com brilho pelo preclaro Prof. ARNOLDO WALD, que “tanto a sociedade se distingue dos sócios, como cada um dos sócios, em particular, não se confunde com a sociedade, não podendo arcar com responsabilidade ou sofrer desvantagens decorrentes de atuação da empresa... A criação da pessoa jurídica implica na estruturação de um novo sujeito de direito, com condições e peculiaridades que o separam de todos os demais, e que, segundo a melhor doutrina, é autônomo em relação ao seu substrato”⁵, arrematando, com estas palavras categóricas: “reconhecemos, pois, que os interesses da pessoa jurídica não se confundem com aqueles que pertencem aos seus sócios (Pessoas Jurídicas)”, pensamento partilhado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁶ e ORLANDO GOMES⁷, entre inúmeros outros doutrinadores nacionais e estrangeiros.

Por isso, pode-se afirmar que, em decorrência do instituto da personificação:

- (1º) *a sociedade possui individualidade própria, distinta e autônoma, inconfundível com a dos seus sócios ou acionistas;*
- (2º) *a sociedade possui capacidade jurídica própria, autônoma e distinta, inconfundível com a capacidade jurídica dos seus sócios ou acionistas;*
- (3º) *a sociedade possui patrimônio próprio, distinto e autônomo, inconfundível com o patrimônio dos seus sócios ou acionistas;*

⁵ *Direito Comercial, Estudos e Pareceres*, Ed. RT, 1979, p. 217/218.

⁶ Caio Mário da Silva Pereira, confessando-se adepto da teoria da realidade técnica, assegura que as sociedades, dotadas de personalidade, são “providas de capacidade e de existência independente... sujeitos ativo e passivo de relações jurídicas ... titulares de seus próprios direitos”. (*Instituições de Direito Civil*, Forense, 1961, v. I/219).

⁷ Orlando Gomes, após chamar a atenção para o fato de que “não são apenas as pessoas naturais que podem ser sujeitos de direito”, proclamou que as sociedades são “entes formados pelo agrupamento de homens, para fins determinados, adquirem personalidades distintas dos seus componentes. Reconhece-lhes a lei capacidade de ter direito e contrair obrigações”. (*Introdução ao Direito Civil*, Forense, 1971, p. 174).

(4º) os sócios ou acionistas não podem ser responsabilizados perante terceiros por obrigações e dívidas da sociedade; (5º) enfim, há uma nítida, óbvia e incontestável distinção entre a personalidade da sociedade e a dos seus membros, quer a consideremos como uma unidade isolada, quer a consideremos como uma sociedade integrante de um grupo de sociedades de fato ou de direito, razão pela qual permanece, sobranceiro e intocado, no que tange ao direito positivo dos povos cultos, o princípio *universitas distat a singulis*, pois a personalidade jurídica acarreta a distinção plena e absoluta entre os direitos e as obrigações da sociedade e os dos sócios ou acionistas, que a compõem.

Contudo, frise-se, excepcionalmente a autonomia jurídica da sociedade pode ser afastada, se e quando provados, (a) fraude à lei, (b) violação de norma contratual, (c) abuso de direito e (d) desvio da personalidade jurídica da sociedade, conforme restou demonstrado na magistral sentença do douto juiz ANTÔNIO PEREIRA PINTO, ao ressaltar que “os tribunais germânicos, baseando-se nos conceitos de ‘boa-fé’, de ‘poder dos fatos’, de ‘realidade da vida’, de ‘natureza das coisas’, de ‘consciência popular dominante’ e, por vezes, aludindo às ‘exigências ou necessidades econômicas’, resolviam, por equidade, em casos isolados, deixar de lado a personalidade jurídica da sociedade, desconhecendo-a ou dela fazendo omissão, para investigar a situação real das coisas, os fatos e as pessoas que lhe servem de suporte”⁸.

No direito americano, essa doutrina recebeu a designação de *disregard of legal entity* e se converteu em instituto consolidado em matéria de direito de sociedades,⁹ a ela devendo recorrer o

⁸ Revista Forense, 133/269

⁹ Revista Forense, 133/269. Consulte-se a propósito: Rolf Serick, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, p. 94 e nota 25; J. M. Wormser, “Piercing the Veil of Corporate Entity”, 12, Columbia Law Review, 1942, 496; J. Wormser, “Disregard of the corporate Fiction and Allied Corporation Problems”, Nova Iorque, 1927; Henry W. Ballantine, “Manual of corporation Law practice”, Chicago, 1930, § 122, p. 292 e ss.; Henry W. Ballantine, “Disregarding the Corporate Entity as a Regulatory Process”, California Law Review, 1943, citados por Antonio Pereira Pinto, *loc cit.*

juiz quando “a sociedade está sendo utilizada *fraudulentamente* para a violação de um contrato a que se vinculou o acionista majoritário”¹⁰, pois “se um devedor tenta subtrair-se de uma obrigação de fazer ou não fazer que assumiu, deixando ou fazendo com que uma pessoa jurídica atue em seu lugar, encontramo-nos em face de uma hipótese que equivale à tentativa de burlar a lei com a interposição da pessoa jurídica”¹¹, acrescentando mais: “se pessoa natural contraiu determinada obrigação de fazer ou não fazer, não pode subtrair-se ao seu cumprimento por via de sua ocultação atrás de uma sociedade anônima, pois, se tal ocorrer, o juiz, entendendo que a estrutura formal da pessoa jurídica foi utilizada de maneira abusiva, prescindirá da regra fundamental que estabelece a separação radical entre a sociedade e os sócios, a fim de que não vingue o resultado contrário ao direito que se tem em vista”¹², eis que pode ser negada a personalidade da **corporation** quando o que se pretende, por meio dela, é violar uma obrigação contratual.

Destarte, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica pode e deve ser aplicada pelo juiz, em caráter excepcional, em casos especialíssimos, sempre que o sócio ou acionista controlador, para subtrair-se a uma obrigação de fazer ou não fazer, inerente ou decorrente de uma relação contratual, usar, fraudulentamente, a sociedade controlada em prejuízo de terceiros.

Quanto à aplicação da teoria de desconsideração nas hipóteses de fraude à lei, abuso de direito e desvio da personalidade jurídica, a doutrina nacional, tendo à frente J. LAMARTINE CORREA DE OLIVEIRA, RUBENS REQUIÃO, FÁBIO KONDER COMPARATO, MARÇAL JUSTEN FILHO, CALMON DE PASSOS, ARNOLDO WALD, LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, dentre outros, e a jurisprudência têm, também, pacificamente, posto de lado a personalidade da pessoa jurídica para punir o sócio ou acionista que usou fraudulentamente a sociedade controlada em prejuízo de terceiros.

É claro que se o sócio ou acionista controlador for pessoa jurídica, não se deve decretar a sua falência ou a extensão dos efeitos

¹⁰ Antonio Pereira Pinto, art. cit., p. 276.

¹¹ Antonio Pereira Pinto, art. cit., p. 277.

¹² Antonio Pereira Pinto, art. cit., p. 277.

da falência da controlada à controladora, nem lacrar os estabelecimentos da controladora, nem encerrar suas atividades, nem “torrar” em público leilão os bens integrantes do seu ativo, porquanto *não* é este o escopo da teoria da desconsideração, nem a finalidade do art. 50 do Código Civil, mas pura e simplesmente co-obrigá-la à completa e total reparação dos danos provocados ao patrimônio de terceiros.

Com efeito, ensinam o Prof. FÁBIO KONDER COMPARATO, ao comentar o art. 50 do Código Civil, e *todos* os estudiosos da matéria, que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não leva à liquidação ou à despersonalização da pessoa jurídica, mas exclusivamente à “extensão dos efeitos aos bens particulares do sócio”¹³.

Não leva à liquidação, nem à despersonalização, nem à falência ou à extensão dos efeitos jurídicos da falência porque *não* é este o escopo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, eis que, repita-se, de novo e sempre: o Código Civil, no art. 50, ao admitir “descortinar-se o véu”, busca alcançar e tornar o sócio ou acionista controlador da sociedade falida solidária e imitadamente responsável pelo resarcimento dos prejuízos causados aos credores, coibindo a fraude em qualquer de suas nefastas formas, e punindo o sócio ou acionista que praticou ato ilícito ou abusou da personalidade da sociedade, *jamais* “quebrar” uma sociedade empresária em dia com suas obrigações e dívidas!

Mas há de indagar-se: o sócio ou acionista controlador da falida, pessoa física ou jurídica, que urdiu a trama fraudulenta, ficará livre para gastar o produto da fraude, do ilícito?

Evidentemente que NÃO!

Evidentemente que deve ser punido; todavia, *não* através do desvirtuamento da teoria da desconsideração, mas de normas co-gentes, de redação cristalina, do Código Civil, da LSA e da LRFE.

VI - RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE CONTROLADORA

Para responsabilizar sociedade controladora de sociedade controlada falida, *não* se pode e *nem* se deve estender os efeitos

¹³ *Apud* CAIO MÁRIO, ob. e v. cits., p. 339.

jurídicos da falência da sociedade controlada à controladora, porém aplicar o art. 82 da atual Lei de Falências, cuja redação se assemelha à do art. 6º do D.L. nº 7.661, de 1945, *verbis*:

“Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para coibir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil”.

Cotejados o art. 6º do D.L. nº 7.661, de 1945, com o art. 82 da LRFE, notar-se-á um “pequeno grande” acréscimo: enquanto a LF, de 1945, se limitava a tratar da responsabilidade de “diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada”, sem atingir os sócios ou acionistas controladores da falida, a LRFE engloba “sócios de responsabilidade limitada, os controladores e administradores da sociedade falida”, a todos tornando responsáveis pessoal, solidária e ilimitadamente pelos efeitos jurídicos da falência da empresa que controlam e administram.

A solução está também na LSA, nos arts. 116 e 117, que tratam, respectivamente, do conceito de sócio ou acionista controlador e da responsabilidade do controlador por atos praticados com abuso de poder, além, por óbvio, no Código Civil, art. 50, que “positivou” a teoria da desconsideração.

Por conseguinte, havendo, no direito positivo brasileiro, em três leis importantíssimas — o Código Civil, a LSA e a LRFE — previsão legal para examinar, discutir e decidir sobre a prática de atos atentatórios aos direitos e interesses de terceiros praticados por sociedade controladora ao “usar” ilegalmente sociedade controlada, não se deve aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos jurídicos da falência de uma sociedade à outra, mas, exclusivamente, para ir contra a sociedade controladora da falida a fim de apurar a sua responsabilidade e puni-la, se for o caso.

Em resumo e em conclusão:

(1º) não se pode, por absoluta falta de amparo legal, “estender a falência” ou “estender os efeitos jurídicos da falência” de sociedade controlada à sociedade controladora; (2º) não se deve, sob pena de desvirtuá-la e ferir o art. 50 do Código Civil, fundar na teoria da desconsideração da personalidade jurídica a extensão dos efeitos jurídicos da falência de controlada à controladora.

Pode-se e deve-se, entretanto:

(1º) com fundamento no art. 117 da LSA, no art. 50 do Código Civil, e no art. 82 da LRFE, buscar a reparação integral dos danos causados por sociedade controladora à sociedade controlada falida, aos acionistas minoritários e preferencia-listas da controladora e da controlada falida e aos credores da falida e

*(2º) com fundamento no § 2º do art. 82 da LRFE, para impedir a dilapidação dos bens sociais e garantir o cabal resarcimento dos prejuízos, requerer, desde logo, na petição inicial da ação ordinária de perdas e danos, a “indisponibilidade dos bens particulares dos réus”, *rectius*, da sociedade controladora, observados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.■*

Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Antônio Celso Alves Pereira

Professor de Direito Internacional da UERJ e da UGF. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

I - A atenção hoje voltada para os direitos humanos no plano internacional é um dos fatores que mais tem contribuído para ampliar o processo de universalização e de democratização do Direito Internacional.

A aprovação pelas Nações Unidas da Carta Internacional dos Direitos Humanos, compreendendo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de Direitos Civis e Políticos, e seus dois Protocolos Facultativos¹, no século passado, foi o ponto de partida de uma rica fase legislativa, sob os auspícios das Nações Unidas, que redundou na aprovação de uma série de resoluções, declarações² e de convenções multilaterais que formaram um substancial **corpus juris** que se destina à proteção dos direitos humanos, o que, consi-

¹ O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Resolução 2200 A (XXI) de 16 de Dezembro de 1966 da Assembléia Geral, entrou em vigor em 3 de Janeiro de 1976. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela mesma Resolução 2200 A (XXI), entrou em vigor a 23 de Março de 1976. O primeiro Protocolo facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos entrou em vigor simultaneamente ao Pacto. O segundo Protocolo facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos foi aprovado pela Resolução 44/128 da Assembléia Geral, entrou em vigor em 5 de dezembro de 1991.

² Por exemplo, entre outras: Declaração 1514 (XV) da Assembléia Geral sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais, aprovada em 14 de dezembro de 1960; Resolu-

derando a titularidade desses direitos, constitui-se em verdadeira conquista do indivíduo contra o Estado.³

Além da aprovação dessa mencionada normativa internacional, foram criados órgãos e mecanismos que compõem os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (artigos 112 da Carta da OEA e 34 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - 1969), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigos 52 a 73 da citada Convenção Americana), a Corte Européia de Direitos Humanos criada pela Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950)⁴, e a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (artigos 30 a 64 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos - 1981), além dos mecanismos internacionais convencionais de monitoramento contínuo, como o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Parte IV), o Comitê sobre os Direitos da Criança, o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, entre outros, bem como extraconvencionais,

ção 1.235 (XLII) do Conselho Econômico e Social, de 06/06/1967; Declaração 41/128 sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Assembléia Geral em 4 de dezembro de 1986.

³É, de fato, notável a contribuição das Nações Unidas para a democratização e universalização do Direito Internacional geral e para a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na segunda metade do século passado, a Organização conseguiu aprovar inúmeras convenções internacionais versando sobre direitos humanos, além da Carta Internacional dos Direitos Humanos: entre outros instrumentos de proteção, destacam-se: a Convenções sobre Genocídio (1948); sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952); sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), além da I Conferência Mundial sobre Direitos Humanos - Teerã, 1968, e das grandes conferências mundiais dos anos noventa: Cúpula Mundial sobre a Criança 1990, Nações Unidas, Nova York; Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - junho, 1992, Rio de Janeiro; I Conferência Mundial sobre Direitos Humanos - junho, 1993, Viena, Áustria; Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento -setembro, 1994, Cairo, Egito; Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher - setembro, 1995, Pequim, China; Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social - março, 1995, Copenhague, Dinamarca; Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos - junho, 1996, Istambul, Turquia e a Cúpula do Milênio - setembro, 2000, Nações Unidas, Nova York, EUA.

⁴A Comissão Européia de Direitos Humanos foi extinta pelo Protocolo XI à Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que criou uma nova e ampliada Corte Européia de Direitos Humanos.

como a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, transformada, no curso da reforma em andamento na ONU, em Conselho de Direitos Humanos, o Alto-Comissariado para os Direitos Humanos (1993) e o Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária (1991), entre outros.

Do ponto de vista político-jurídico, um dos fatos mais importantes no processo de formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi a consagração da personalidade internacional do homem e, em consequência, a possibilidade do acesso deste, individualmente, aos tribunais internacionais. O reconhecimento definitivo do indivíduo como sujeito de direito internacional resultou da superação das restrições que este sofria em decorrência da preponderância doutrinária do voluntarismo positivista, das posições aferadas ao princípio da soberania absoluta e às “razões de Estado”.

A possibilidade de o indivíduo recorrer às Cortes Internacionais de Direitos Humanos, para arguir direitos violados, veio dar ao princípio fundamental do acesso à Justiça uma nova e inquestionável configuração.

Para garantir ao indivíduo o exercício dos direitos que lhe são assegurados na normativa internacional de proteção dos direitos humanos foram criados mecanismos que lhe permitem, independentemente do sistema clássico da proteção diplomática, buscar a proteção de seus direitos. Esses mecanismos compreendem petições individuais, que, no quadro regional americano, só podem ser acionados com recurso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez esgotadas todas as instâncias da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e, da mesma forma, quando não existir, na legislação interna do Estado, disposições legais que efetivem o devido processo legal para a proteção do direito ou dos direitos que se alegue tenham sido violados.⁵

Em suas reflexões e recomendações *de lege ferenda* expostas no curso que ministrara na sessão externa da Academia de Di-

⁵ V. Artigos 46, nº 1, letra a, e nº 2, letra a da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.

reito Internacional de Haia realizada na Costa Rica, em 1995, para o aperfeiçoamento e fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade chama a atenção para o fato de que,

(...) sem o direito de petição individual, e o conseqüente acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais do que letra morta. (...) O direito de petição individual abriga, com efeito, a última esperança dos que não encontraram justiça em nível nacional. Não me omitiria nem hesitaria em acrescentar, - permitindo-me a metáfora, - que o direito de petição individual é indubitavelmente a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos.⁶

Em seu Voto Concordante na Opinião Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Cançado Trindade afirma que o direito de petição individual às Cortes Internacionais de Direitos Humanos representa um resgate histórico do indivíduo como sujeito de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Referindo-se, nesta oportunidade, a seu Voto no caso Castillo Petruzi y Otros *versus* Peru (Exceções Preliminares, Sentença de 04/09/1998), ressalta que, instado pelas circunstâncias do *cas d'espèce*, qualificou o direito de petição individual como *cláusula pétreas* dos tratados de direitos humanos que o consagram.⁷

⁶ Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v. III, p. 100/101.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17, de 28 de agosto de 2002. Sobre o direito de petição individual escreve ainda Cançado Trindade: "En el umbral del siglo XXI, ya no puede haber duda de que el derecho de petición individual a los tribunales internacionales de derechos humanos y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de éstos, necesariamente conjugados, constituyen - como siempre hemos sostenido - verdadera cláusulas pétreas de la protección internacional de los derechos humanos. Ver Cançado Trindade, A. A. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la jurisdicción a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. In: El

No sistema americano de proteção, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos confere à Comissão Interamericana de Direitos Humanos ampla competência processual para receber denúncias ou queixas de violação da própria Convenção por um Estado Parte, bem como para examinar e investigar, ordenando, nos termos do artigo 61 que “somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte”.

É, pois, interditada ao indivíduo a possibilidade de postular diretamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos a reparação de seus direitos violados, cabendo-lhe fazê-lo por meio de petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Para melhor esclarecimento, transcreve-se o que dispõe o artigo 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

Semelhante ao que aconteceu no Sistema Europeu de proteção dos direitos humanos que culminou no Protocolo XI à Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950),⁸ o impedimento do acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana de Direitos Humanos vem sendo abolido de forma gradual. Graças, em grande parte, ao esforço do Juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, o Sistema

Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. San José de Costa Rica: Corte Interamericana e Derechos Humanos. 20001, p. 6.

⁸ O Protocolo XI foi a culminância do que se iniciara, em 1960, com o caso *Lawless versus Irlanda*. Nessa ocasião a Corte Européia decidiu que, através de delegados da Comissão Européia, as vítimas podiam fazer chegar à Corte Européia seus argumentos por escrito. No caso *Vagrancy*, em 1970, atendendo solicitação da Comissão Européia, a Corte autorizou a palavra do advogado dos demandantes. Em 1993, ao entrar em vigor a reforma do Regulamento de 1982, avançou-se com a concessão de *locus standi* aos representantes legais dos indivíduos demandantes perante a Corte. Em seguida adotou-se o Protocolo IX à Convenção Européia, documento hoje suplantado pelo Protocolo XI.

Interamericano vem obtendo consideráveis avanços na direção do acesso individual direto à Corte Interamericana. Assim, é digno de nota o passo inicial que foi dado, em 1997, com a reforma do Regulamento da Corte, cujo artigo 23 passou a estabelecer que “na etapa de reparações, os representantes das vítimas ou de seus familiares poderão apresentar seus próprios argumentos e provas de forma autônoma”. Vale lembrar que Regulamento da Corte Interamericana, que entrara em vigor em 1991, permitia a participação das vítimas ou dos seus representantes no procedimento ante a Corte apenas na etapa de reparações, mesmo assim, mediante convite.

Em 1989, nos casos Godinez Cruz e Velásquez Rodrígues versus Honduras, tratando de indenização compensatória, a Corte aceiou em receber e considerou manifestações escritas de familiares e advogados das vítimas. Em outro caso de reparações - El Amparo - 1996, relativo à Venezuela, em audiência perante a Corte Interamericana, em 27 de maio de 1996, o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade dirigiu-se diretamente aos representantes das vítimas, considerando-os, desta forma, parte demandante perante a Corte. Estes precedentes foram importantes na redação do artigo 23 do novo Regulamento da Corte.⁹

Em 1º de junho de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob a presidência do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, passou a contar com um novo Regulamento. Desta feita, foi dado um grande salto na direção do acesso direto do indivíduo à Corte, pois, de acordo com a nova redação do artigo 23, os demandantes poderão participar diretamente em todas as etapas dos procedimentos perante a Corte, não apenas na fase em que são apreciadas matérias relativas às reparações, como constava do Regulamento de 1997.

Contudo, embora os citados avanços sejam dignos de nota e de comemorações por parte de todos aqueles que se preocupam com o respeito e a eficácia das normas do Direito Internacional dos

⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso El Amparo relativo à Venezuela - Reparações, 1996 e interpretação de sentença, 1997.

Direitos Humanos, reafirma-se que somente com a adoção de um Protocolo adicional à Convenção Americana,¹⁰ que elimine qualquer intermediação entre o indivíduo e a Corte, à semelhança, o sistema americano de proteção dos direitos humanos passará a contar com um real mecanismo de definitiva consagração da subjetividade internacional do indivíduo.¹¹

Em 28 de fevereiro de 2003, a Corte Interamericana de Direitos Humanos realizou o primeiro julgamento sob o novo Regulamento, ao proferir sentença no Caso Cinco Pensionistas *versus* Peru.¹² O acesso direto do indivíduo à Corte, isto é, eliminação da intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos consumará o processo de democratização definitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos no continente americano. Entretanto, não se pode deixar de enfatizar a importância da Comissão Interamericana para a proteção e o monitoramento dos direitos humanos nas Américas, principalmente antes da criação da Corte. Órgão quase-judicial, autônomo, que figura entre os principais da estrutura da Organização dos Estados Americanos, segundo o artigo 51 da Carta dessa Organização, a Comissão Interamericana tem a sua composição e as suas finalidades, funções e competências reguladas por normas específicas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ela funciona como órgão supervisor das obriga-

¹⁰ Para conhecimento dos termos propostos por Cançado Trindade para o Protocolo adicional sugerido, ver, de sua autoria, o Informe: “Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección”, tomo II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p. 3/64. Cf. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v. III, p. 107.

¹¹ O necessário reconhecimento do *locus standi in judicio* das supostas vítimas (ou seus representantes legais) ante a Corte Interamericana constitui, nesta linha de pensamento, um avanço dos mais importantes, mas não necessariamente a etapa final do aperfeiçoamento do sistema interamericano de proteção, pelo menos como concebemos tal aperfeiçoamento. Do *locus standi in judicio* dos indivíduos ante a Corte Interamericana há que evoluir rumo ao reconhecimento, mais adiante, dos direitos de os indivíduos demandarem dos Estados Partes diretamente ante a futura Corte Interamericana, levando diretamente a esta última casos concretos (*jus standi*) como órgão jurisdicional único do sistema interamericano de proteção do provir.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Resoluciones e Sentencias*. Série C - nº 98. Caso “Cinco Pensionistas” *versus* Peru - Sentencia de 28 de febrero de 2003.

ções internacionais dos Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos, além de suas funções promocionais e consultivas. É inegável a sua contribuição ao longo dos quarenta anos de sua existência, para tornar efetivas a proteção e a supervisão dos direitos humanos no continente americano.

É importante salientar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos leva em conta, no exercício de suas finalidades, os dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos casos de violação destes por Estados que ratificaram o mencionado instrumento. Em relação às denúncias contra Estados americanos que não ratificaram a Convenção, a Comissão observará o que dispõem a Declaração Americana de Direitos Humanos e a Carta da OEA.¹³ A Comissão é composta por sete membros, eleitos a título pessoal pela Assembléia Geral da OEA, de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados-membros e recrutados entre pessoas de alta autoridade moral e de notável saber em matéria de direitos humanos. Seus membros terão um mandato de quatro anos, com direito a uma reeleição, não podendo, todavia, serem escolhidos dois membros da mesma nacionalidade (artigos 36 e 37 da Convenção Americana). A Comissão é dirigida por uma Diretoria composta por um Presidente, um Primeiro Vice-Presidente e um Segundo Vice-Presidente, cujas funções são determinadas pelo Regulamento da mesma, e uma Secretaria Executiva, cujo titular será designado pelo Secretário-Geral da OEA, que comanda os serviços administrativos da Comissão.

Estou entre os que defendem aprovação de um Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, semelhante, em parte, ao já referido Protocolo XI à Convenção Européia, que extinguíu a Comissão Européia de Direitos Humanos e criou uma nova e ampliada Corte. Não advogo a extinção da Comissão Interamericana. Acredito que o Sistema Interamericano de proteção dos

¹³ Artigos da Carta da OEA: 3º, 16, 29, 43, 44, 45, 47, 48, 51, 112 e 150. São os seguintes os dispositivos da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem que a Comissão deve, entre outros, levar em conta na observância dos direitos humanos nos Estados-Membros da OEA e não Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: I, II, IV, XVIII, XXV e XXVI.

direitos humanos poderá tornar-se mais eficiente, se transformada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos numa espécie de Ministério Público Interamericano, voltado à proteção dos direitos humanos no Continente, com participação ativa nos processos junto à Corte Interamericana, ficando, contudo, assegurado, de forma definitiva e inquestionável, o acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana e sua participação ativa em todas as fases do processo em que for parte. Todavia, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos só estará, de fato, completo, quando *todos* os Estados do continente tornarem-se partes da Convenção Americana e, ao mesmo tempo, aceitarem a competência contenciosa da Corte Interamericana.

II - Como já ficou dito nas páginas anteriores, o acesso à Justiça nas esferas nacional e internacional é uma das mais eficientes formas de realização dos direitos humanos. A proteção judicial é fundamental nesta matéria e está consagrada em vários documentos internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que em seu artigo 25 estabelece que

*toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.*¹⁴

Vê-se, portanto, que é obrigação internacional do Estado oferecer, às pessoas submetidas à sua jurisdição interna condições plenas para um recurso rápido e eficaz perante as instituições ju-

¹⁴ Consultem-se, a propósito, os artigo 8º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 6º da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; 2 (3) e 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e 14 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.

diciais no caso de violação de direitos humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem acentuado, em suas decisões, a prevalência desta garantia judicial, hoje, como já foi dito, está consagrada em vários tratados e convenções sobre direitos humanos: artigos 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 6º da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; 2 (3) e 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e 14 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. Esta garantia jurisdicional é, do ponto de vista histórico, de origem latino-americana, uma vez que está disposta no artigo XVIII da Declaração Americana, que é de abril de 1948, portanto, anterior à Declaração Universal, que foi aprovada em dezembro do mesmo ano. À guisa de exemplo, consulte-se a posição da Corte Interamericana no Caso *Castillo Páez versus Peru*, oportunidade em que este Tribunal, em sentença de 3 de novembro de 1997, decidiu que o Estado do Peru violara, em prejuízo de Ernesto Castillo Páez, entre outros dispositivos da Convenção Americana, o artigo 25, combinado com o artigo 1.1., que dispõem sobre a proteção judicial. A CIDH resolveu, por unanimidade, condenar o Peru a pagar indenizações aos familiares de Ernesto Rafael Castillo Páez, que, em 21 de outubro de 1990, foi detido por agentes da Polícia Nacional daquele país e, desde então, desapareceu.¹⁵ Da mesma forma, nos Casos *Suárez Rosero versus Equador*, sentença de 12 de novembro de 1997, e *Blake versus Guatemala*, sentença de 2 de julho de 1996, a Corte decidiu nessa mesma direção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Regulada pelos artigos 33,b e 62 a 73 da mesma Convenção e pelas normas do seu Estatuto, a Corte foi instalada em 1979 e tem sua sede em San José, na Costa Rica. Sua criação tem origem na proposta apresentada pela delegação brasileira à IX^a Conferência Interamericana realizada em Bogotá, em 1948.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nº 34. Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. (Parágrafos 81/84, p. 21). http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html

Conforme o artigo 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sete juízes compõem a Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com o artigo 52 da Convenção Americana os juízes devem ser nacionais dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, e que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos.

A eleição dos juízes para um mandato de seis anos - permitida uma reeleição - se dará na Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados Partes na Convenção Americana, não podendo haver dois juízes da mesma nacionalidade (artigo 52.2).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra a figura do juiz *ad hoc*, que deverá reunir os requisitos mencionados no artigo 52 e será convocado “se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados-Partes, outro Estado-Parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz *ad hoc*” (Art.55).

As funções da Corte Interamericana são classificadas e definidas pela Convenção Americana em duas categorias: contenciosa, artigos 61, 62 e 63, e consultiva, artigo 64. Para conhecer de qualquer caso contencioso que lhe seja submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou por um Estado Parte da Convenção Americana, a Corte só poderá exercer esta competência contra um Estado por violação dos dispositivos da Convenção Americana, se este Estado, de modo expresso, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção Americana ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, em declaração apresentada ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, deixar claro que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da

Convenção. Tal declaração deve ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazos determinados ou para casos específicos. Da mesma forma, o Estado poderá fazê-lo por meio de convenção especial. (artigo 62.1, 2 e 3.)¹⁶

Até o presente momento somam-se 21 Estados que declararam reconhecer a competência contenciosa da Corte, dentre os 35 Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. Vinte e cinco Estados americanos são partes na Convenção Americana. Os Estados do Caribe de língua inglesa, em sua maioria, até o momento, não aceitaram a competência contenciosa da Corte. Cuba, pelas razões conhecidas, continua fora do Sistema Interamericano. Os Estados Unidos e o Canadá não ratificaram a Convenção Americana e não reconhecem a competência a Corte.

O Brasil fez o depósito da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Secretaria-Geral da OEA em 25/09/92 e da declaração de aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana em 10/12/1998.

O Doutor Hernán Salgado Pesantes, Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e seu Presidente no período 1997/1999, comentando as características processuais da Corte Interamericana, assinala que “na tramitação das causas, a Corte observa o procedimento utilizado pelos tribunais internacionais, os quais, em princípio, tendem a fugir do rígido e excessivo formalismo que, geralmente, predomina no ordenamento processual dos Estados”. As normas de procedimento são fixadas pelo Regulamento da Corte, conforme o artigo 25 do Estatuto e têm, como já mencionamos, características especiais comparativamente aos procedimentos dos tribunais internos:

Así por ejemplo, hay cierta flexibilidad em los plazos establecidos, los cuales no se imponen con rigurosa exactitud, el criterio de razonabilidad atenua el rigor; em la objeción

¹⁶ Ver, consultando o site <http://www.corteidh.or.cr/afines/interamericano.html>, a Opinião Consultiva OC-3/83, de 08/09/1983, Restrições à Pena de Morte - Artigos 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 8 parágrafo 21.

o tacha de testigos y peritos los márgenes de apreciación son menos restrictivos y formalistas; em las audiências se reciben - dentro de los testimonios - las declaraciones de los familiares más inmediatos de las víctimas (padres, hermanos) e incluso de la víctima sobreviviente. La Corte se reserva la valoración de tales dictámenes, testimonios y declaraciones recibidas.¹⁷

A Corte poderá, durante a tramitação do processo, tomar todas as medidas para obter as provas que julgar necessárias, solicitar informações e a cooperação dos Estados para notificar, citar e ouvir pessoas que se encontrem sob suas jurisdições. Os procedimentos são orais - audiências públicas - e escritos. Na tramitação inicial do processo as partes podem apresentar *exceções preliminares*. Este recurso processual é, muitas vezes, utilizado pelos Estados para argüir o não-esgotamento dos recursos internos. São examinadas em audiência pública, oportunidade em que as partes apresentam suas alegações e provas.

Na análise dos procedimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos devemos destacar as medidas provisórias que, ao longo de sua história, ela vem ordenando para salvar vidas ou para garantir a integridade física, psíquica e moral de pessoas ameaçadas de violações de seus direitos fundamentais. O artigo 63.2 da Convenção Americana, que regula a matéria, estabelece o seguinte:

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizier necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

¹⁷ Salgado Pesantes, Hernán. "La Protección Regional de los Derechos Humanos por la Corte Interamericana: Retrospectiva y Futuro". In: *Curso de Derecho Internacional - Comité Jurídico Interamericano XXV 1998*. Organización de los Estados Americanos. Secretaría General Washington. 1999, p. 128.

Instituto originário do direito processual interno, as medidas provisórias foram transpostas à prática judicial internacional pela Corte Permanente de Justiça Internacional e por sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça, conforme se vê no texto do artigo 41 do seu Estatuto. A Corte Interamericana ordena medidas provisórias por solicitação da Comissão Interamericana, mas, se for o caso, toma semelhante iniciativa nos processos em tramitação no seu âmbito, e também o faz naqueles que não estão, ainda, sob seu exame, como se deu, por exemplo, nos Caso Velásquez Rodrígues, Fairén Garbi y Solis Corrales, y Godinez Cruz, *versus* Honduras e Tribunal Constitucional Vs. Peru.¹⁸

Nos limites desta exposição não será possível enumerar e discutir cada uma das resoluções sobre medidas provisórias deferidas pela Corte. Contudo, gostaríamos de registrar uma dessas resoluções, a ditada em 25 de maio de 1999, não só pelos importantes aportes doutrinários emanados de seu texto, mas, principalmente, pelo fato de que a Corte, correndo contra o relógio, ditou, no Caso James e Outros, as medidas cautelares que suspenderam a execução de condenados à pena de morte pela Justiça de Trinidad e Tobago.¹⁹

III - A Corte deve exercer sua competência contenciosa considerando a responsabilidade do Estado pela violação, uma vez que este se obrigou, ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a não só garantir, como prevenir e investigar, usando todos os recursos que dispuser para impedir as violações da Convenção Americana. Desses compromissos derivam obrigações dos Estados de punir, com o rigor de suas normas internas, os infratores de normas de direitos humanos constantes de sua legislação e da Con-

¹⁸ O texto desta importante Resolução encontra-se às páginas 416/423 da publicação *Medidas Provisionales*, nº 2, Compendio Julio 1996-Junio 2000. San José, Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para um estudo aprofundado sobre a aplicação de medidas cautelares na esfera internacional, ver às páginas vii a xviii desta mesma publicação o excelente texto de autoria de Antônio Augusto Cançado Trindade, “Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

¹⁹ Idem p. 329/347.

venção Americana, assegurando à vítima a reparação adequada. O Estado não pode se eximir da obrigação de reparar a violação, conforme estabelecem as normas de Direito Internacional relativas à responsabilidade internacional do Estado, alegando, por exemplo, que a medida a ser tomada violaria seu direito interno. É o que determina o já citado inciso 1º do artigo 63 da Convenção Americana. A reparação poderá se dar de várias formas, considerando a especificidade do caso e a extensão do dano causado à vítima. Desta forma, poderá consistir em uma *restitutio in integrum* dos direitos violados, ou de indenização e de outras formas adequadas a cada caso em julgamento. No caso *Cantoral Benavides versus Peru*²⁰ a Corte Interamericana de Direitos Humanos ordenou ao Estado peruano que promovesse a realização de um desagravo público, em reconhecimento de sua responsabilidade no caso e, também, para evitar que fatos como os que ocasionaram a comprovada denúncia não viesssem a se repetir (parágrafo 81 da sentença). No Caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, sentença de 4 de julho de 2006, a Corte Interamericana, além de condenar o Estado brasileiro a indenizar, por dano imaterial, familiares da vítima, de determinar outras formas de reparação, mandou o Estado brasileiro, como medida de satisfação, publicar além no Diário Oficial da União e em outro jornal de ampla circulação no país, o capítulo VII da sentença, que diz respeito aos fatos provados no Processo (ver parágrafos 216 a 261 da mencionada sentença).

O importante é estabelecer claramente que houve a violação de direitos consagrados na Convenção Americana e que o fato se deu sob a responsabilidade do Estado, por ação de seus agentes,

²⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Reparaciones* (art. 63.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Sentença de 3 de dezembro de 2001. A denúncia deste caso apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi fundamentada na violação, pelo Estado peruano dos seguintes dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos: Artigos 50 e 51, 1.1 2, 7.1 a 7.6, 5, 8.1, 8.2, 8.2.d, 8.2.f, 8.2.g, 8.3 e 8.4, 25, e os artigos 2 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura. Segundo a demanda, tais violações ocorreram em prejuízo de Luis Alberto Cantoral Benavides, pela privação arbitrária, pelo tratamento cruel a que foi submetido, pela violação das garantias judiciais sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O texto completo da referida sentença encontra-se disponível em: http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html

por omissão dos mesmos, ou pela tolerância diante da infração. A Corte não se ocupa da fixação de responsabilidades individuais. Cabe ao Tribunal determinar a responsabilidade do Estado. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, da mesma forma que a Corte Européia, não funciona como um Tribunal penal, não substitui o Estado como sancionadora das infrações cometidas contra terceiros por agentes ou por particulares do mesmo Estado. Este, portanto, na esfera internacional, responde pela violação da obrigação internacional assumida ao ratificar um tratado, no caso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os outros instrumentos convencionais de proteção.²¹

O artigo 26.1 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar do início do processo em seu âmbito, dispõe que a demanda, sua contestação e as demais petições dirigidas à Corte “poderão ser apresentadas pessoalmente, via fac-sí-

²¹ No julgamento do caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, discutindo a sua própria competência contenciosa, deixou claro o seguinte: “[...] Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevaleidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención (párrafo 172). Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza sicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención (párrafo 173).” Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras* - Sentencia de 29 de julio de 1988. (Texto completo disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/juris/index.html>

mile, telex, correio ou qualquer outro meio geralmente utilizado. No caso de envio por meios eletrônicos, deverão ser apresentados os documentos autênticos no prazo de 15 dias".

O Presidente pode indeferir uma petição das partes por julgá-la improcedente, mandando devolvê-la ao interessado, o que deverá fazer em consulta com a Comissão Permanente, não abrindo, desta forma, o caso. A Comissão Permanente será integrada pelo Presidente, pelo Vice-Presidente e por outros juízes que o Presidente considere conveniente designar, de acordo com as necessidades da Corte. A Comissão Permanente assistirá o Presidente no exercício de suas funções.

Em sua Opinião Consultiva OC-3/83, de 8 de setembro de 1983 (Restrições à Pena de Morte) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, discutindo o exercício de sua própria competência contenciosa, afirma que, ao entrar no exame de um caso de violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos por parte de um Estado, preliminarmente, deve-se proceder à verificação da situação desse mesmo Estado no contexto da Convenção, isto é, se ele figura entre os que a ratificaram e declararam aceitar a jurisdição da Corte (artigo 62) e, da mesma forma, que se comprometeram a cumprir suas decisões, nos termos no artigo 68.1 da Convenção.²² Assim, no exercício de sua função contenciosa, a Corte deve, de pronto, observar o que determina o artigo 63 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

²² Ver, sobre a matéria, o que dispõe o inciso 3º do artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

As sentenças da Corte Interamericana devem ser fundamentadas (art. 66) e comunicadas, não somente às partes, como também a todos os Estados-membros da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. As decisões da Corte em casos contenciosos são obrigatórias para todos os Estados-Partes na Convenção, que declararam suas aceitações desta competência, em todas as situações em que forem partes. Na hipótese de sentença determinando indenização compensatória, segundo o artigo 68.2 da Convenção Americana, esta deverá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

IV - A Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde a sua entrada em funcionamento, em junho de 1979, vem acumulando uma substancial e inovadora jurisprudência resultante das decisões exaradas, até o momento, em 145 sentenças sobre a violação de variados de dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos por parte de Estados que são partes nessa convenção e que aceitam a jurisdição contenciosa da CIDH. Considerando que na economia dessas notas não será possível discutir todo esse acervo jurisprudencial, aponta-se, entre outras relevantes decisões da CIDH, pela importância, repercussão e contribuição para a evolução do direito internacional dos direitos humanos, os Casos Loayza Tamayo *vs.* Peru - Sentença de 17 de setembro de 1997 - violação dos direitos de liberdade pessoal e de garantias jurídicas; Niños de la Calle (Villagrán Morales e outros) *vs.* Guatemala. Sentença de 19 de novembro de 1999 - direitos da criança, direito à vida; Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala - Sentença de 25 de novembro de 2000 - obrigação de respeitar e garantir direitos, direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; Baena Ricardo e Outros *vs.* Panamá. Sentença de 28 de novembro de 2003 - princípio da legalidade e da retroatividade, direito a indenização, direitos de reunião e de liberdade de associação; **A Última Tentaçao de Cristo (Olmedo Bustos e outros) *vs.* Chile**) - Sentença de 5 de fevereiro de 2001 - direito à liberdade de pensamento e de expressão e obrigação de adaptar a legislação interna aos dispositivos da Convenção

Ameriana; Cinco Pensionistas vs. Peru. Sentença de 28 de fevereiro de 2003 - direito à propriedade privada; Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala - Sentença de 29 de abril de 2004 - liberdade de consciência e religião e direito à propriedade privada; e Comunidad Moiwana vs Surinam - Sentença 15 de junho de 2005 - direito à proteção judicial e às garantias judiciais; Caso Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay - Sentença de 17 de junho de 2005 - direito à vida e à propriedade privada; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil - sentença de 4 de julho de 2006 - violação de direitos consagrados nos artigos 4 - Direito à Vida, 5 - Direito à Integridade Pessoal, 8 - Direito às Garantias Judiciais e 25 - Direito à Proteção Judicial da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²³

A Corte Interamericana não é um tribunal estrangeiro pertencente à estrutura de um Estado. Trata-se de um organismo internacional, autônomo, vinculado à OEA, do qual fazem parte os Estados que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e declararam aceitar a competência contenciosa da Corte. As sentenças por ela exaradas não são peças “estrangeiras” não rescindem, nem reformam ato judicial estatal interno dos Estados, uma vez que inexiste hierarquia funcional entre os tribunais internos e os internacionais. Em razão disso, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos não carecem de homologação para vigorar no interior dos Estados-membros da Convenção Americana. A propósito, observe-se o que dispõe o artigo 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se e a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas

²³ O inteiro teor das sentenças destacadas e de outras também de lagar importância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, sobretudo, para a realização do acesso à Justiça no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos pode ser visto mediante consulta ao seguinte endereço eletrônico: http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html

ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Por outro lado, o artigo 68.2 da mesma Convenção Americana estabelece o seguinte:

A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Em suas sentenças e, da mesma forma, em suas opiniões consultivas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reafirmado a obrigação dos Estados de dotarem suas legislações internas dos dispositivos legais para tornar efetivos seus compromissos internacionais em matéria de direitos humanos. Nessa matéria é importante destacar a sentença exarada no caso **A Última Tentação de Cristo** (Olmedo Bustos e Outros vs. Chile). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, recebendo a denúncia de violação do direito de liberdade de pensamento e de expressão, condenou o Estado chileno pela violação do artigo 13 da Convenção Americana, em prejuízo da sociedade chilena e, particularmente, das vítimas Juan Pablo Olmedo Bustos e outros. Concluiu, ainda, que o Chile deixou de cumprir, no caso, os deveres gerais do artigo 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em conexão com a violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão. Em razão disso, a Corte decidiu que o Estado chileno devia modificar seu ordenamento interno, num prazo razoável (o que já foi feito) com o fim de suprimir a censura prévia à exibição do filme **A Última Tentação de Cristo**, uma vez que o artigo 19, nº 12, da Constituição do Chile, em vigor, estabelecia um sistema de censura para a exibição e publicidade da produção cinematográfica.

É digna de nota a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a consagração definitiva e o reconhecimento da existência de normas imperativas no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na sentença no caso **Niños de la Calle - Villagrán Morales e Outros versus Guatemala**,

e na Opinião Consultiva OC-18 sobre o Direito dos Trabalhadores Imigrantes sem Documentação, para citar, à guisa de exemplo, apenas estas duas situações decididas pela Corte Interamericana, pode-se observar o reconhecimento definitivo do *jus cogens* no âmbito dos direitos humanos, fato que confirma as assertivas da melhor doutrina, segundo a qual a questão das normas cogentes não é exclusividade do direito dos tratados, conforme consagraram as duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados (artigos 53 e 64). Uma lista de direitos humanos contemplados em vários instrumentos internacionais é reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como *jus cogens*: em sentenças que têm como ponto central a questão da violação de normas da Convenção Americana sobre direito à vida, sobre a prática de tortura, desaparecimento forçado de pessoas, denegação de acesso à Justiça e consequente desrespeito ao princípio do devido processo legal, direitos da criança e do adolescente, execuções sumárias, trabalho escravo, direitos da população indígena, direito à assistência consular, enfim, violações dos princípios da igualdade, da não-discriminação e da dignidade humana são hoje consagrados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de forma incontestável, como normas imperativas de Direito Internacional dos Direitos Humanos (ver parágrafos 38 a 47 do Voto em Separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade na sentença do Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil)

Sobre a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 64, 1, dispõe o seguinte:

Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre

qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Discutindo a amplitude de sua competência em matéria consultiva oriunda do dispositivo acima, a Corte Interamericana de Direitos Humanos esclarece, em sua terceira Opinião Consultiva²⁴, editada em 8 de setembro de 1983, sobre Restrições à Pena de Morte, que tal competência, “*es única en el derecho internacional contemporáneo*”.²⁵

Em outra importante Opinião, a Corte esclarece também que

*la amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención contrasta con lo dispuesto para otros tribunales internacionales. Así, el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, confiere competencia a la Corte Internacional de Justicia para emitir opiniones consultivas, sobre cuarquier cuestión jurídica, pero restringe la posibilidad de solicitarlas a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, o, en ciertas condiciones, a otros órganos y organismos especializados de la Organización; en cambio, no autoriza para ello a los Estados Miembros. (Parágrafo 15).*²⁶

Na Opinião Consultiva - OC-1/82, de 24 de setembro de 1982, a Corte destaca que a sua função consultiva tem por finalidade co-adjuvar o cumprimento por parte dos Estados americanos de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, assim como o cumprimento das funções que são atribuídas aos distintos órgãos da OEA nessa mesma matéria. Destina-se, dessa forma, a

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Série A, nº 3. Opinón Consultiva OC-03/83 del 8 de Septiembre de 1983. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponible no site http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.htmlwww.oas.org.

²⁵ CIDH - Opinião Consultiva OC-3/83, parágrafo 43.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte. (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Solicitada por el Perú, parr. 15, p. 4. Disponible no site http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html.

oferecer ao solicitante - Estados-membros da Organização dos Estados Americanos ou qualquer dos órgãos relacionados no atual Capítulo X da Carta da OEA - a interpretação correta de dispositivo da Convenção Americana, ou de quaisquer outros tratados versando sobre direitos humanos, bem como sobre a compatibilidade entre as leis internas de um Estado-membro da OEA e os instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos no continente americano.

A competência consultiva da Corte estende-se a todos os Estados-membros da OEA, ao contrário do que acontece com sua competência contenciosa, que somente diz respeito aos Estados que declararam, expressamente, que a aceitam, nos termos do artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No sistema europeu de proteção dos direitos humanos, a competência consultiva atribuída à Corte Européia pelo artigo 1º do Protocolo II à Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais não tem a amplitude da competência consultiva que a Convenção Americana confere à Corte Interamericana. Somente o Comitê de Ministros pode solicitar pareceres à Corte Européia e, segundo o citado artigo (1.1), o pedido deve se limitar às questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção Européia e dos seus Protocolos. Estes pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção e nos seus Protocolos Adicionais, nem sobre outras questões que, em virtude de recurso previsto na Convenção, possam ser submetidas à Comissão Européia de Direitos Humanos, à própria Corte ou ao Comitê de Ministros (art.1.2). Vê-se, pois, que à Corte Interamericana de Direitos Humanos é facultado o pronunciamento, por solicitação dos Estados-Partes e de órgãos da OEA, sobre a interpretação da Convenção Americana, bem como sobre outros tratados e convenções que versam sobre a proteção e o monitoramento dos direitos humanos. Em determinadas circunstâncias, pode a Corte Interamericana deixar de apresentar sua opinião. Na Opinião Consultiva 01/82, isso está bem claro.

De las anteriores consideraciones puede concluirse, por una parte, que un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano. Por otra parte, que un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Por último, la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motiva. (Parágrafo 31).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu, desde a sua entrada em vigor, várias opiniões consultivas, todas da maior relevância para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente para o sistema interamericano de proteção. Aponte-se, por exemplo, a Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º de outubro de 1999, “Direito a informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal”, instrumento jurídico, sob todos os aspectos, da maior importância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e para o Direito Internacional Geral, pelo seu pioneirismo e por sua repercussão na jurisprudência internacional. Constitui o primeiro pronunciamento de um Tribunal internacional sobre o descumprimento do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, celebrada em 1993. Esta Opinião Consultiva é considerada um marco na história da Corte Interamericana e, por sua originalidade e pioneirismo, influenciou a jurisprudência internacional. A Corte Internacional de Justiça, no Caso LaGrand, embora omitindo a fonte, decidiu este

feito com base nos enunciados da OC-16. É importante destacar que a Corte Interamericana adotou, ao formular a OC-16, uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção, afirmando que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida da atualidade. Em seu magnífico voto concordante na aprovação da OC-16/99 Cançado Trindade expõe o seguinte:

Toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo. (Parágrafo 3)²⁷

Nesse pronunciamento a CIDH esclareceu também que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece ao estrangeiro sob detenção direitos individuais, dentre os quais o direito à informação sobre a assistência consular.²⁸

²⁷ O inteiro teor da OC-16/99 está no site http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.htmlwww.oas.org.

²⁸ “Em seu décimo-sexto Parecer, a Corte vinculou o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal em evolução, e acrescentou que sua não-observância em caso imposição e execução de pena de morte acarreta uma privação arbitrária do próprio direito à vida (nos termos do artigo 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, com todas as consequências jurídicas inerentes a uma violação desse gênero”. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III, p. 64

A OC-16/99 repercute na questão dos direitos dos imigrantes ilegais, quando afirma que os direitos de acesso à justiça e as garantias do devido processo legal devem ser assegurados ao estrangeiro. Em seu voto na aprovação da OC/16 o juiz Sergio García Ramírez afirmou:

Los extranjeros sometidos a procedimiento penal - en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad - deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio.

Importante também para se fixar os direitos do imigrante no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, principalmente em relação aos Estados do continente que não ratificaram a Convenção Americana. É o que explicita a Opinião Consultiva OC-10/89 - Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 14 de julho de 1989. A CIDH sustenta o seguinte:

Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b)

y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. (Parágrafo 45).²⁹

As opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são fontes jurisprudenciais de suma importância para evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como já foi mencionado anteriormente, na decisão do Caso LaGrand - Alemanha *versus* Estados Unidos, a Corte Internacional de Justiça inspirou-se na OC-16/99. Vale salientar que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos tem recorrido aos seus pareceres consultivos para decidir numerosos casos contenciosos no contexto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que se pode comprovar consultando os parágrafos 165 e 174 da sentença exarada em 20 de janeiro de 1989 no Caso Godinez Cruz, centrados na Opinião Consultiva OC-6-86, de 9/05/86 e, da mesma forma, o parágrafo 40 da sentença de 29 de janeiro de 1995 no Caso Genie Lacayo, reportando à Opinião Consultiva OC-13/93 de 16 de julho de 1993, e o parágrafo 50 da sentença de 17 de setembro de 1997 no Caso Loayza Tamayo, inspirado na Opinião Consultiva 14/94, de 9 de dezembro de 1994. Quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce sua competência consultiva nos termos do artigo 64. 1 da Convenção Americana - afirma Pedro Nikken - “ela opera como uma espécie de tribunal constitucional encarregado de interpretar a Convenção ou qualquer outro tratado de direitos humanos”.³⁰

²⁹ Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Disponível no site http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.htmlwww.oas.org.

³⁰ Nikken, Pedro. “La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. In: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

Em 10 de maio de 2002 o governo do México, apreensivo com situação dos 5.998.500 mexicanos que ganham a vida fora do território nacional - destes, 2.490.000 em situação ilegal -, e, principalmente, com a incompatibilidade das interpretações, das práticas e da promulgação de leis por parte de alguns Estados do continente americano com a normativa de proteção dos direitos humanos no quadro da Organização dos Estados Americanos, com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos um Parecer sobre os direitos trabalhistas que devem ser assegurados aos trabalhadores imigrantes ilegais. Ao lado disso, pediu também a CIDH esclarecimentos sobre a obrigação dos Estados americanos de garantir a esses trabalhadores os princípios de igualdade jurídica, não-discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como a natureza que tais princípios jurídicos alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e de sua codificação. Em sua petição, estima o governo do México que tais interpretações, práticas ou leis implicam negar, entre outros, direitos laborais sobre a base de critérios discriminatórios fundados na condição migratória dos trabalhadores situação ilegal nos países receptores, e constitui, ainda, abuso da condição de vulnerabilidade desses trabalhadores. Entre esses direitos laborais estão destacados o não pagamento de horas extras, de direitos decorrentes do tempo de serviço, salários devidos, indenizações não-pagas e licenças maternidade, conformando violações inquestionáveis dos instrumentos que tutelam os direitos humanos dos trabalhadores migrantes no sistema interamericano de proteção.³¹

³¹ “Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la OEA”); el artículo II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”); los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana; los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante “la Declaración Universal”), y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Opinião

A consulta mexicana foi estruturada a partir de quatro perguntas compreendo o seguinte:

1. Pode um Estado americano, de acordo com sua legislação trabalhista, tratar de forma distinta e prejudicial os trabalhadores migrantes ilegais comparativamente aos direitos que são conferidos ao trabalhadores migrantes legais e aos trabalhadores nacionais desse Estado? É a condição de migrante ilegal que impede o gozo de tais direitos?

2. Os artigos 2º, parágrafo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, II da Declaração Americana, 2º e 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e 1º e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos devem ser interpretados no sentido de que somente em situação legal no interior de um Estado deve este respeitar e garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição os direitos e liberdades reconhecidos nas referidas disposições? Ainda à luz dessas disposições, pode-se considerar que a privação de um ou de mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição de imigrante ilegal, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não-discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei que lhe impõem as mencionadas disposições?

3. Considerando os artigos 2º, parágrafos 1º e 2º e 5º, parágrafo 2º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos qual seria a validade da interpretação por parte de um Estado americano no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade ante a lei à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, à consecução de objetivos de política migratória em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e de outras obrigações do direito internacional dos direitos humanos oponíveis *erga omnes*?

Consulta 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Série A: *Fallos y Opiniones*. N° 18. Corte Interamericana de Derechos Humanos Secretaria de la Corte, San José, Costa Rica, 2004.

4. Levando em conta o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e sua codificação, em especial por meio das disposições dos instrumentos internacionais apontados na consulta, qual a atual natureza jurídica do princípio da não-discriminação e, da mesma forma, do direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o direito internacional geral, e, neste contexto, podem tais dispositivos serem considerados como normas de *jus cogens*? Em caso afirmativo, quais são as consequências jurídicas para os Estados-membros da OEA, individual ou coletivamente, no quadro da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o cumprimento dos direitos humanos a que se referem os artigos 3, incisos (I) e 17 da Carta da OEA?

Atendendo ao governo mexicano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de Setembro de 2003 - Condicão Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, deixando claro que tem competência para pronunciar-se sobre as perguntas formuladas pelo Estado mexicano. No parágrafo 60 dessa Opinião Consultiva, a Corte Interamericana destaca que o inteiro teor do referido parecer se aplica aos Estados-membros da OEA, que firmaram indistintamente a Carta da Organização dos Estados Americanos, subscreveram a Declaração Americana e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ou que hajam ratificado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, independentemente de serem partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de algum de seus protocolos facultativos.

Partindo de uma interpretação plenamente evolutiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana considera que os trabalhadores imigrantes em situação ilegal nos países em que trabalham possuem os mesmos direitos laborais que são conferidos aos demais trabalhadores nesse Estado. Insta todos os países que revisem ou modifiquem suas leis, políticas e procedimentos relativos à imigração, o que deve ser feito para eliminar todo elemento que possa traduzir-se em discriminação de qual-

quer espécie, conforme os princípios e as normas estabelecidos nos tratados internacionais em que forem partes. Reafirma, ainda, que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância dos princípios da igualdade perante a lei e da não-discriminação às suas políticas públicas, “quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório” (parágrafo 172).

O princípio fundamental da igualdade e da não-discriminação é parte do Direito Internacional Geral, sendo este aplicável a todos os Estados, independentemente de que sejam partes ou não de determinado tratado. “Na atual etapa de evolução do direito internacional, o princípio da igualdade e da não-discriminação ingressou definitivamente no domínio do *jus cogens*”.³²

A CIDH deixa claro que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no marco das garantias mínimas que devem ser asseguradas a todo imigrante, independente de sua situação legal ou ilegal no país em que trabalha. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma. Portanto, não é admissível que um Estado tolere a contratação de trabalhadores imigrantes ilegais por empregadores que, prevalecendo das condições de vulnerabilidade do estrangeiro, o admita em suas empresas pagando-lhe salários em valores muito abaixo dos que seriam pagos normalmente aos nacionais, e, ainda mais, negando-lhe o exercício de direitos laborais que decorrem exclusivamente da relação de trabalho. O Estado tem a obrigação de assegurar que tais direitos *não sejam violados, não importando em que situação, perante as normas e as políticas migratórias do Estado, se encontre o imigrante.*

V - Concluímos estas considerações acerca da natureza e da experiência da Corte Interamericana de Direito Humanos, reafirmando o relevante papel que este Tribunal, desde sua instalação, vem desempenhando na defesa dos direitos humanos no continente americano. No exercício das funções que lhe foram determinadas pela

³² Parágrafo 4, capítulo X, conclusões da OC-18-03.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem, por meio de uma rica contribuição jurisprudencial e doutrinária, contribuindo para a efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de forma a restaurar direitos fundamentais violados, ordenar reparações, emitir abalizados pareceres e opiniões da maior relevância doutrinária e ditar medidas cautelares que salvaram vidas e impediram a continuidade de atitudes arbitrárias por parte de governos de forte atuação autoritária; enfim, estender às pessoas e aos grupos vulneráveis uma eficiente ação de proteção judicial.■

O Aperfeiçoamento do Estatuto da Criança e do Adolescente

Alyrio Cavallieri

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Ex-Juiz de Menores.

Numa dessas viagens que a gente faz à Europa, sofrendo vinte dias num ônibus, vendo às pressas tantos países, estava eu na Rive Gauche bisbilhotando livraria, quando um título me chamou a atenção: *Le Purgatoire d'un Juge*. O purgatório de um juiz era assunto de minha maior intimidade enquanto juiz de menores da Guanabara. Tratava-se da autobiografia da juíza de menores de Paris, Elizabeth Catta. Conta ela, em uma das passagens, que em sua audiência, tinha à sua frente um ciganinho daqueles que infernizavam a vida dos parisienses, o pai dele, o policial e, sobre a mesa, a correntinha que o pivete tentara arrancar do pescoço de uma *mademoiselle*. Esta, a lesada, não estava presente, talvez não se incomodando com o pouco valor do prejuízo. A juíza passou uma grande descompostura (*admonition*) no garoto e no pai dele, tomou um termo de responsabilidade e despediu os dois. O pai pegou o filho pela mão, mas ao saírem o *gamin* se desprendeu, voltou, pôs-se diante da juíza, apontou para a correntinha em cima da mesa e perguntou:

- Posso levar?

O insólito episódio vale à magistrada reflexões que vão desde a teoria e a doutrina até a uma manhã em Bremen, Alemanha, durante congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores e da Família, quando uma discussão não chegou ao consenso:

tratava-se da proporcionalidade no Direito do Menor (Criança e Adolescente). Esta era a questão: a resposta ao crime praticado pelo menor (ato infracional, no Brasil), tal como se refere ao adulto, deve ser proporcional à ofensa contida no seu ato? O espírito do Direito Penal pairava no ar do congresso, assim como, mal comparando, estava na cabeça do pivete da juíza Catta. Os juízes criminais não se surpreendem quando, no interrogatório de um réu, ao ler-lhe sua folha penal, o elenco de seus crimes, são enfrentados por esta exclamação: - “Mas doutor, por este eu já paguei!” E a idéia do pagamento, a responsabilidade (obrigação de arcar com as consequências jurídicas do crime) surge, firme, na imagem virtual da balança. Quando alguém, em passado longínquo, imaginou um emblema para o Juizado de Menores da Guanabara - a balança com um coração em um dos pratos - recebeu críticas. Que justiça é essa? A intenção estava na quebra da proporcionalidade. O ícone, no entanto, persiste, sobrevive estilizado nos papéis da atual ABRAMINJ (a Associação Brasileira de Magistrados da Infância e da Juventude). No Direito Penal, a consequência da ação é a pena, a moeda com que o réu *pagou* aquele artigo 155 ou o 157 e, como o ciganinho também havia pago - *admonition* - tinha direito à correntinha da *mademoiselle*.

A diferença básica entre o Direito Penal, aplicado aos adultos, e o Direito do Menor (Criança e Adolescente), a estes destinado, está em que, diante do acusado, provado seu delito, o juiz criminal dirige seus olhos para a norma descrita no Código. E parte, inicialmente, da pena mínima, mencionada na lei; só então, volta-se para o indivíduo que julga e examina a pessoa (folha penal, se existir) que ali está, antecedentes, perfil social etc., podendo aumentar a pena, mas jamais diminuí-la, por mais que a personalidade do réu e circunstâncias o induzissem a tal. Confira-se a lei e a Súmula 231 do S.T.J.. Quando se trata de um adolescente, o primeiro olhar do julgador vai para a personalidade, independentemente do seu pecado. Só depois ele escolherá a medida que responda à ofensa do delito. Esta é uma das diretrizes fundamentais deste ramo original do Direito, o caráter subsidiário da proporcionalidade.

Na cidade do Rio de Janeiro, assim como em todo o país, o aumento da delinqüência juvenil é impressionante. Nesta cidade, enquanto em 1995 foram julgados pouco mais de dois mil processos referentes aos menores infratores, nos últimos anos o número esteve perto dos seis mil. Há um dado impressionante, de suma gravidade, sinais vermelhos a alertar a quantos atuem nessa área: fonte autorizada informa que no Rio de Janeiro, a reincidência dos menores no crime está muito próxima dos 50%. Este é um sintoma da absoluta falência do sistema atual. A violência, as rebeliões dos adolescentes infratores nos internatos não teriam uma motivação na proporcionalidade, no *pagamento* embutido nas idéias importadas para o Direito do Menor (Criança e Adolescente) consolidadas no ECA? De tal modo o saudosismo infestou a lei, com a implantação de um Direito Penal do Menor, que existem sobre as mesas dos especialistas dois anteprojetos de lei de diretrizes de execução das medidas socioeducativas, seguindo o modelo de outro direito, o criminal. A postura inovadora, revolucionária do gênio de Mello Mattos, primeiro juiz de menores do Rio de Janeiro, do Brasil e da América Latina, em vez de ampliar-se, expandir-se, recebe os golpes de um passadismo imperdoável. Recorde-se que, ao organizar o primeiro juizado de menores brasileiro, o da Capital Federal, Mello Mattos colocou, dentro do Poder Judiciário, Promotor, Advogado e um Médico Psiquiatra. Dava-se um salto de século (estávamos nos anos vinte, senhores!). Aí a gênese do futuro, o germe da equipe multiprofissional, o tratamento do jovem infrator como pessoa em desenvolvimento, capaz de aperfeiçoar-se.

Mas este não é momento de discutirem-se os fundamentos doutrinários. O tempo corrigirá tais desacertos. Há algo urgente, ameaça de catástrofe: os pleitos para a diminuição da idade da responsabilidade penal. E duas forças impelem para o abismo: 1. A angústia da comunidade, diante do aumento da criminalidade juvenil. Nestas horas, o apelo se faz emocionalmente, no terreno preparado para a má semente: e, 2. A lei que não ajuda. Ora, se o sistema implantado é penal e cada vez isto se torna mais evidente, vamos deixar de eufemismos. Se a reeducação, a ressocialização,

pelo ECA, devem ser obtidas dentro de prazos fixados (artigo 121) logo são penas criminais.

É óbvio que a lei por si só não é a solução, solução que, como curial, reside na prevenção, nas medidas que vão às origens da anomia - educação, trabalho, salário, saúde, moradia, os cinco dedos dos programas sonhados. Mas a lei pode atrapalhar. E não se diga, 18 anos depois, que ela não funcionou porque não foi implantada, pois a afirmação pode provocar a frase dita em outro contexto, mas adequada aqui, do juiz canadense Lucien Beaulieu: "Antes de dizer que a lei não foi aplicada, é preciso verificar se é aplicável".

É imperativo salvar a bandeira da responsabilidade aos 18 anos, glória de uma nação que optou pela educação, pela socialização em vez da simploriedade fácil, mas improdutiva, no ocaso, como no título do livro do cientista César Barros Leal - a pena criminal. E aí estão os projetos de emenda da Constituição Federal, pretendendo o rebaixamento da idade. É necessário oferecer algo consistente à sociedade, família, mídia e aos políticos, tal como o aperfeiçoamento do Estatuto, o que aplacaria as agudas emoções que gritam por soluções.

O apelo a um aperfeiçoamento do ECA após dezoito anos de sua prática estaria partindo de despeitados, passadistas, das viúvas dos códigos de Menores? Uai, não foi a Deputada Rita Camata, madrinha do Estatuto, que propôs projeto de lei para alterar seus artigos 82 e 83? Por sua iniciativa, recebeu modesta carta deste escriba louvando seu gesto, mas com lamento de que tivesse levado tanto tempo para descobrir que a lei que amadrihou (o ECA) permite a uma menina de 12 anos viajar para qualquer ponto do país, sozinha, sem autorização de quem quer que seja (artigo 83), embora não possa hospedar-se em seu destino em hotel ou pensão (artigo 82). O notável jurista, Desembargador Amaral e Silva, de Santa Catarina, não é um despeitado, pois é um insigne membro da equipe da redação do ECA. Seu anteprojeto, que chamou de esboço com modéstia de mestre, (anteprojeto de Lei de Execuções de Medidas Socioeducativas), com 102 artigos e alteração de um artigo e cinco parágrafos do ECA, não é uma forma de aperfeiçoar a

lei? E a proposta de “Lei de Diretrizes Socioeducativas”, formulada pela conspícuia Associação dos Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude, fortaleza da manutenção inalterada do ECA, com seus 79 artigos, não representará melhoramentos? No adendo da proposta, acrescentam-se três parágrafos ao artigo 122. Não é para aprimorar? Afinal, apelando para o inglês, (“*last, but not least*”), a proposta em andamento da criação do SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, monumental projeto do CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - constitui-se, quando executado, no mais efetivo instrumento de atualização do Estatuto. É o que se depreende da leitura das treze páginas (corpo 10) do artigo publicado no excelente **Boletim INTEGRANDO**, de Apoio aos Juizados da Infância, do Tribunal de Justiça do Paraná.

Fervoroso e esperançoso adepto da otimização do Estatuto, penso que é tempo de se retirar a blindagem que os *estatutistas* criaram em torno da lei, com o *slogan* “não se muda nada, primeiro tem que implantar”. Que se aproveite o prestígio dos paladinos do ECA, a iniciativa do CONANDA, os apelos da comunidade, aliviando-se os aplicadores da lei de seus sacrifícios dolorosos na construção de decisões que afrontam dispositivos claros, porque são HOMENS DE BEM e, entre o melhor para os jurisdicionados e a erronia da lei, escolhem o lado melhor. E para repetir o mandamento criado no Juizado de Menores do Rio, em outros tempos, malgrado certo deslize de sintaxe, “debaixo do papel tem gente”, com o aperfeiçoamento do notável magistrado paulista Guimarães de Souza “e é criança...”

Que Deus, que iniciou a salvação da humanidade com um menino, ilumine os defensores das crianças e adolescentes de hoje. ■

A Proibição da Emenda da Mora na Ação de Busca e Apreensão (Decreto-Lei nº 911/69)

Alterações Introduzidas pela Lei nº 10.931/2004

Marco Antonio Ibrahim
Desembargador TJ/RJ

No que se refere à emenda da mora e antecipação do vencimento da dívida em contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária, tem sido recorrente a subsunção dos critérios de interpretação do Decreto-Lei nº 911/69 aos princípios protetivos do Código de Defesa do Consumidor. Tão logo passou a viger a Lei nº 8.078/90, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, interpretando o disposto no art. 54 da lei neste sentido:

Também não é despiciendo ponderar que na recente Lei 8.078/90, relativa à proteção do consumidor, nos contratos de adesão, a cláusula resolutória é admitida - art. 54, § 2º - desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor (salvo nos pactos de consórcio), ou seja, ao consumidor cabe exercer a opção de, ao invés da resolução do contrato em que incorreu em inadimplemento ou mau adimplemento, postular o cumprimento da avença pondo-se em dia com suas obrigações, e efetuando, portanto, a purgação da mora em que incidira. (Recurso Especial 9.219, 4ª Turma do

STJ, de 19.06.1991, Rel. Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *in ADCOAS*, 134135/91.)

Por outro lado, o art. 7º do CDC dispõe que, em relação aos direitos básicos do consumidor, pode o Magistrado se valer do juízo de eqüidade, daí porque se afigura lícito reconhecer que o devedor em mora tem direito a emendá-la, considerando-se abusiva (e, portanto, não escrita) a cláusula que disponha sobre o vencimento antecipado da dívida em caso de atraso no pagamento, dès que, assim, por via reflexa, estaria sendo obstaculizado o direito de purga da mora.

Com a purga da mora, não há nenhum prejuízo para o credor que, além do principal, recebe todos os encargos financeiros, resarcido, ainda, das custas processuais e honorários de advogado. Entretanto, para o devedor que já pagou parte do preço, o impedimento à purgação da mora equivale à perda do bem, restando-lhe a risível garantia de receber o saldo que eventualmente existir após a alienação extrajudicial do veículo.

Desde os primórdios do Direito Romano, a reparação da mora surgiu como medida de eqüidade para evitar as graves consequências sofridas pelo devedor. Como anotou o Ministro RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR:

... a simples mora não é causa de resolução, e isso porque a própria lei somente permite ao credor enjeitar a prestação, ofertada após o vencimento e a constituição da mora, se essa prestação se tornar inútil (art. 126, parágrafo único do C. Civil). {In Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução), Rio de Janeiro, Aide ed., 1991, p. 120}.

Em nota de rodapé (236), acrescenta o autor que, apesar de algumas opiniões em contrário, a maioria da doutrina estrangeira concorda com a insuficiência da mora para a resolução,

...exigindo que ela afete de maneira grave o interesse do credor.

O próprio Código Civil de 2002 consolidou o entendimento doutrinário que vigorava no sistema anterior, ao estabelecer no parágrafo único do artigo 395 que *o credor só pode enjeitar a prestação, devido à mora, se essa se tornar inútil*. Ora, a ninguém ocorre que o pagamento de uma ou mais prestações em atraso em contrato de financiamento seja inútil para o Banco ou instituição financeira.

Com a edição da Lei nº 10.931/2004 operou-se profunda alteração no regime da ação de busca e apreensão de bens adquiridos por contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária. Dentre as modificações introduzidas por essa lei, avulta de importância a nova redação dada ao artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, cujo § 2º aboliu a faculdade de emenda da mora por parte do devedor fiduciante que, segundo a atual disciplina, só poderá desconstituir a liminar de busca e apreensão pagando a integralidade da dívida.

Art. 3º O Proprietário Fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)

Não há qualquer dúvida de que o legislador abrogou a possibilidade de emenda da mora por parte do devedor quando se

referiu ao pagamento da integralidade da dívida como condição para a restituição do bem apreendido. Por força da lei, aliás, a mora foi equiparada ao inadimplemento para efeitos de resolução do contrato. Assim, dada a redação do *caput* do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, que permite ao credor a venda do bem alienado fiduciariamente a terceiros para a satisfação do crédito, há quem considere confiscatória e inconstitucional tanto a regra legal que determina o vencimento antecipado da dívida, quanto a que decreta a perda do bem adquirido pelo devedor.

Na faina de interpretação da lei, entretanto, deve-se presumir que o legislador não edita normas inconstitucionais, sendo, pois, cabível a exegese de que as modificações introduzidas pela Lei nº 10.931/2004 simplesmente não se aplicam às relações de consumo. De outra forma, estar-se-ia admitindo que o legislador editou norma inconstitucional porque o art. 170 da Constituição Federal de 1988 traz norma expressa segundo a qual a Ordem Econômica tem por fim assegurar a justiça social observando, entre outros princípios, a defesa do consumidor.

José Afonso da Silva, forte nas lições dos renomados constitucionalistas Vezio Crisafulli e Ugo Natoli, revela, com sua habitual didática, conclusões em relação à eficácia imediata, direta e vinculante das normas programáticas constitucionais, asseverando que as mesmas

- “I - estabelecem um dever para o legislador ordinário;*
- II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;*
- III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;*
- IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;*
- V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;*
- VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem...” (in Aplicabilidade das Normas Constitu-*

cionais, 2^a edição, Editora Revista dos Tribunais, p.146/147)
- sem grifos no original

Ora, a Lei nº 10.931/2004, ao suprimir a emenda da mora, destoa da norma constitucional que impõe, como princípio, a defesa do consumidor que, aqui, é dramaticamente tolhida e mesmo desconsiderada. Além disso, a norma é intuitivamente dissonante dos princípios e direitos básicos revelados pelo Código de Defesa do Consumidor. Princípios não são normas. Princípios são mais; são os fundamentos das normas.

E qual deve ser a atitude do intérprete diante de tais circunstâncias? José Afonso, incorporando a doutrina do citado Vezio Crisafulli, no seu *La Constituzione e le sue Disposizioni di Princípio* (p. 60) responde:

“Das normas programáticas em geral derivam vínculos para o legislador, para o administrador e para o juiz ... Mas não só o legislador está obrigado a agir de acordo com os ditames programáticos. Com eles, “é o Estado mesmo, como sujeito unitário, que se autolimita, obrigando-se, para com a coletividade, a perseguir certos fins e, portanto, a assumir a proteção de certos interesses”. (ob. cit., p.156)

Afirma-se, por isso, que as disposições draconianas da nova lei somente são aplicáveis àqueles contratos em que não haja relação de consumo, porque, em relação a estes, deve-se entender a não incidência de certas disposições, a exemplo daquela que supriu a faculdade de emenda da mora, bem assim a que autoriza o vencimento antecipado da dívida.

Tratando-se, como se trata, de contrato de adesão, ainda mais se justifica a ingerência dos princípios consumeristas na interpretação da Lei nº 10.931/2004, bem assim do contrato firmado entre as partes, sem perder de vista a razoabilidade dos critérios alvitradados na nova lei. Basta imaginar que, no contrato de aquisição de um veículo pelo prazo de 60 meses, o mero atraso no pagamento da 1^a ou 2^a prestação mensal acarreta, na prática,

a perda do bem financiado, porque dificilmente o devedor terá condições de quitar a integralidade da dívida na forma do § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004.

Vale registrar que tais contratos têm servido de mola propulsora da produção industrial do país e se destinam à aquisição de veículos e maquinários que, muitas vezes, são a fonte de sustento dos devedores. Convém observar, por fim, que a admissibilidade da emenda da mora em contratos de financiamento com cláusula de alienação fiduciária firmados mesmo após a edição da Lei nº 10.931/2004 parece ser uma decorrência natural dos princípios reitores da função social e econômica do contrato.

Nesse sentido, a doutrina de Melhim Namen Chalhub

Na nova redação, o Decreto-lei nº 911/69 é omissivo quanto à purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas, dispondo o § 2º do art. 3º que “o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor-fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

...

À omissão, entretanto, não afasta a possibilidade de purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas, sobretudo considerando-se a estrutura e a função do contrato de financiamento para aquisição de bens de consumo duráveis e a prioridade que o direito confere à manutenção do contrato.

Com efeito, a par da prioridade que se confere à manutenção do contrato, até mesmo em caso de onerosidade excessiva (Código Civil, art. 479), a mora em contratos dessa espécie enseja a possibilidade de purgação, circunstância que faz convalescer o contrato, só se admitindo a resolução depois de esgotadas todas as oportunidades de emenda da mora.

(In Negócio Fiduciário, 3ª edição, 2006, Editora Renovar, p. 204/212)

Do ponto de vista jurisprudencial, há precedentes no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, bastando mera consulta ao sítio www.tj.rj.gov.br para se verificar que é majoritária a tese no sentido de se admitir a emenda da mora nestes casos.

CONCLUSÃO

Dessa arte, resta claro que, havendo relação de consumo, o devedor em contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária tem o direito de emendar a mora, devendo o Juiz autorizar o depósito sempre que regularmente requerido.■

Jurisdição Massificada e Jurisprudência Casuística: Um Método de Racionalizar e Suportar

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

Como é de conhecimento público, na administração Desembargador Marcus Faver, o Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - CEDES foi revitalizado através da Resolução n º 04/01.

Assumi, a partir de então, papel preponderante e inovador no processo de formação do direito pretoriano, uma vez que a jurisprudência passou a ser uniformizada de forma plural e aquele órgão tornou-se o propulsor de pacificação das teses jurídicas discordantes, sem depender da existência do caso concreto, o que significou um rompimento positivo com o sistema tradicional.

Algumas questões, apreciadas em bloco, antes controvertidas, deixaram de ter entendimentos dispares, foram aprovadas e sumuladas, após o encaminhamento e a submissão das propostas de verbetes ao órgão competente, êxito obtido através da realização de seminários.

Tal fato, indubitavelmente, correspondeu a *uma forma de democratização do Judiciário*, visto que todos os desembargadores, assim por eles aclamado, participaram das votações.

Assim, qualquer outra exigência de ordem processual não se justifica, segundo o vetusto preceito de hermenêutica de que quem pode o mais, pode o menos, porquanto número muito maior do que o colegiado imposto se manifestou.

Na administração Desembargador Sergio Cavalieri, os con-claves foram intensificados e a Súmula do nosso Tribunal foi incre-mentada de forma significativa, *ampliado este ambiente de parti-lha de decisões*, uma vez que contou, também, com a participação dos juízes de 1º grau convocados para o Tribunal.

Tais mudanças na mentalidade de administrar a jurisdição refletiram no tempo médio de julgamento na 2ª instância com *redução de 158 dias, em 2003, para 106, no ano de 2006*.

Novo avanço agora se impõe, mas como simples acréscimo ao que já foi feito, uma vez que algumas marcas inovadoras consti-tuem meros aditamentos ao que antes já existia. *O novo se resume ao que se acresce, nada mais*.

Ao discorrer sobre o conhecimento humano, o saudoso Papa João Paulo II, ser agregador, respeitado por todos pela sua densi-dade moral, destacou que “a primeira regra é ter em conta que o conhecimento do homem é um caminho que não permite descanso; a segunda nasce da consciência de que não se pode percorrer tal caminho com o orgulho de quem pensa que tudo seja fruto de conquista pessoal” (Carta Encíclica **FIDES ET RATIO**, 1998, Pauli-nas, p. 30).

O grande religioso e pensador acrescenta que “a busca da verdade, mesmo quando se refere a uma realidade limitada do mundo ou do homem, jamais termina; remete sempre para alguma coisa que está acima do objeto imediato dos estudos” (*op. citada*, p. 139).

Pois bem, tem-se destacado, continuamente, a tese de que mais vale um entendimento pretoriano, ainda que não-unânime, do que um não-entendimento, tendo em vista o clima de seguran-ça proporcionado pelo consenso.

Necessário, destarte, que se sistematize a jurisprudência, pois como já se pronunciara Voltaire, ela “foi quase sempre estabelecida ao acaso, sem regularidade, sem uniformidade, da mesma forma com que se constroem choupanas numa aldeia” (Comentários polí-ticos, sobre o livro, **Dos Delitos e das penas de Beccaria**, p. 166).

De outro lado, a experiência extraída da realização desses seminários mostrou que, não obstante se tenha verificado expres-

siva redução do tempo médio de julgamento em razão dos enunciados, o mesmo não ocorreu quanto ao número de ações análogas, que continuam a se multiplicar.

Refletindo sobre o fenômeno do aumento de demandas repetidas, apesar da inclusão de novos enunciados, e baseado na predisposição de que as ações humanas tendem a acompanhar igualmente circunstâncias similares, uma vez que *similis similis gaudet*, a especulação em torno de proposições de conteúdo genérico permite inferir que elas não conseguem conter a expansão do ajuizamento de ações afins.

Desta forma, *impõe-se a confecção de verbetes específicos, para os casos de reedição*, ainda que numerosos e casuísticos, até porque nem tudo precisa ser sumulado, válido, se for o caso, apenas como entendimento predominante, o que não exclui a aplicação do art. 557 do CPC, cujos benefícios dispensam comentários.

Há que se distinguir, também, entre verbetes *in permanentes et fluentes*. Estes últimos, igualmente, carecem de integrar a Súmula, porquanto, em breve tempo, perderão a finalidade, exatamente pelo caráter passageiro (v.g., enunciados relativos a planos econômicos próximos da prescrição).

Não se devem também baralhar casuísmo e superfluidade. Por mais específico que seja o enunciado, a especificidade não se confunde com o excesso. Incabível confundir minúcia com demasia. Esta nada acrescenta, aquela descreve, detalhadamente, o tema discutido.

A filosofia kantiana já professara: percepções sem concepções são cegas; ainda mais enxerga a concepção minudenciada.

A esta altura, dada forma abstrata da exposição, perfeitamente plausível certa desconfiança com a proposta, supostamente constituída de palavras vazias de conteúdo prático, ou conforme se exprime um ditado árabe: ouço o taramelar do moinho, mas não vejo a farinha.

Pois bem, para tentar demonstrar como isso é real e factível, confrontem-se os verbetes 75 e 87 da Súmula deste Tribunal. Ambos cuidam de temas atinentes ao dano moral.

O enunciado 75 tem a seguinte redação:

“O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

De outro giro, o verbete 87 está, assim, redigido:

“A mera recusa ao pagamento de indenização decorrente de seguro obrigatório não configura dano moral”.

O primeiro, de sentido genérico, exclui o dano moral, em princípio, nos casos de qualquer inadimplemento, por configurar mero aborrecimento; já o segundo, mais restrito, também afasta o dano imaterial na hipótese de inadimplemento de caráter especial - o não-pagamento do DPVAT-, enunciação de alcance limitado e específico.

Ora, o que transborda, em termos subjetivos e de modo geral, o conceito de mero aborrecimento permanece objeto de acirrada controvérsia, mas, improvável a dedução de pretensões em contraste com o verbete 87.

O enunciado 75 segue a pleno vapor, com amplo e cotidiano emprego, o que denota a falta de resultado que dele se esperava.

Por outro lado, só se pede, atualmente, o pagamento do seguro obrigatório. Na postulação, não mais se inclui o reconhecimento do dano moral.

Talvez, alguns até nem se lembrem de sua existência, por quanto não o aplicam mais. Mas é exatamente nisso que reside seu mérito: o ostracismo, em razão da desnecessidade, na medida em que a questão se pacificou, não foi reproduzida e ele se tornou dispensável.

Façamos votos de que novos verbetes sejam editados e tenham o mesmo desprestígio, pois o aspecto negativo de sua prescindência significa o efeito positivo da não-reiteração da tese jurídica.

E isso é um processo contínuo, renovável, *um vir-a-ser incessante*.

A situação, antes retratada, tende a comprovar o poder persuasivo do verbete próprio para a questão que se põe e sua eficácia maior do que a proposição, que engloba várias circunstâncias, muitas vezes indetermináveis.

Não se vislumbre nessa trajetória a panacéia, mas um princípio de prova do afirmado, e talvez uma das soluções das demandas repetitivas, *no âmbito do nosso Tribunal*. Afinal, consoante o antropólogo José Carlos Rodrigues, “os cientistas se têm aproximado cada vez mais da convicção de que em ciência não se devem admitir proposições definitivas e derradeiras, aceitando-se as teorias apenas na condição de serem as “melhores” disponíveis em um determinado momento e sob o viés de determinadas preocupações intelectuais” (*Antropologia e Comunicação: Princípios Radicais*, Editora PUC Rio, 2003, p. 15).

Cada Tribunal encontra suas próprias soluções. Ainda que não se sumulem algumas questões, porquanto ainda não sedimentadas ou meramente transitórias, nada impede que se estabeleça certo entendimento pretoriano, nem que sirva como um candeeiro para iluminar o pensamento dos Tribunais Superiores.

Exemplo vivo do antes afirmado se extrai do verbete nº 362 da Súmula do STJ, parafrástico do verbete nº 97 da Súmula deste Tribunal, e que aqui se abeberou no tocante ao termo inicial da correção monetária, a partir do arbitramento e não do evento danoso, da verba atinente ao dano moral. Oxalá sempre seja assim com as boas idéias.

Ora, em época de combate sistemático às demandas repetidas, no momento, talvez constitua o método de trabalho a ser implantado e enraizado no CEDES: *edição constante de enunciados casuísticos, funcionando, quiçá, como um dique contra a multiplicação de ações análogas*, as quais tornam insuportável o exercício da jurisdição, além do propósito de cultivar o entendimento como uma necessidade natural.

Conforme já se disse com propriedade, melhor uma mão cheia de paz do que dois punhos cheios de atribulação e vaidade.

A realização de encontro de uniformização de entendimentos é imprescindível e reeditada quantas vezes se fizer necessário.

No tocante ao trabalho intelectual de confecção dos enunciados, o caráter de reflexão permanente e atento às mudanças é inarredável.

Segue, pois, para exame e, quem sabe, deliberação, relação de enunciados acompanhados das respectivas justificativas, os quais procuram refletir, na atualidade, o entendimento deste Tribunal, *verbis*:

1- As cláusulas gerais, para serem aplicadas, independem de provação da parte.

JUSTIFICATIVA: Como as cláusulas gerais constituem normas orientadoras sob forma de diretrizes, e dado seu caráter de ordem pública, a aplicação delas pode ser feita de ofício pelo juiz.

2- A abusividade de cláusulas inseridas em contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária pode ser deduzida na contestação e seu reconhecimento importa na exclusão da mora do devedor.

JUSTIFICATIVA: As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, consoante prescreve o art. 51 do CDC, matéria, destarte, conhecida de ofício, o que dispensa reconvenção. A nulidade do negócio jurídico constitui questão prejudicial que, acolhida, predetermina o julgamento de mérito e pode ser suscitada pelo réu na contestação. Por outro lado, ampliou-se o âmbito de discussão de matérias dedutíveis pelo devedor na ação de busca e apreensão. Por fim, havendo excesso na cobrança, o devedor fica impossibilitado de purgar a mora, a resultar na improcedência do pedido, tal como ocorria nas ações de despejo por falta de pagamento em que o locador apresentava crédito superior ao devido e impedia o locatário de purgar a mora.

3- A decisão que defere a inversão do ônus da prova em prol do consumidor, uma vez preclusa e não havendo contraprova, não pode ser desconsiderada quando da prolação da sentença.

JUSTIFICATIVA: Incabível ao juiz rever decisão sobre a qual operou a preclusão (art. 473, do CPC), de sorte que referido pronunciamento inimpugnado é vinculante, inclusive para o Tribunal.

4- A decisão interlocutória, devidamente fundamentada, que deferir ou rejeitar a inversão do ônus da prova em prol do consumidor, somente será reformada, se teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos.

JUSTIFICATIVA: Os conceitos de “verossímil” e “hipossuficiente” são juridicamente indeterminados, razão por que ao juiz se concede ampla liberdade na tarefa de sua concretização, do que se segue, de acordo com os verbetes 58 e 59 da Súmula deste Tribunal, que somente diante daquelas situações o pronunciamento judicial é passível de ser reformado. De outro giro, a alusão à exigência de fundamentação se compadece com preceito constitucional (art. 93, inc. IX, da CF) e o fato de não ser incomum simples referência ao texto legal, sem demonstração, na espécie, da presença efetiva dos pressupostos legais, como se isso bastasse e não significasse simulacro de fundamentação.

5- Não se configura o anatocismo em obrigações periódicas, se o pagamento da parcela anterior abrange a totalidade dos juros.

JUSTIFICATIVA: Capitalização pressupõe incidência de juros sobre juros. Se estes foram integralmente pagos na parcela anterior, sua incidência na subseqüente sobrevém somente sobre o principal, dado que a imputação do pagamento, primeiramente, se realiza nos juros e depois no capital (art. 354, do Código Civil), do que decorre não se configurar, na hipótese, o anatocismo.

6- A prática bancária de capitalização mensal em obrigações periódicas, cujo pagamento da parcela anterior não abranja a totalidade dos juros, configura uma regra de experiência, dispensada prova pericial para seu reconhecimento.

JUSTIFICATIVA: Cediço que as regras de experiência (art. 335, do CPC) englobam proposições diversas, desde as mais simples, baseadas no senso comum, até aquelas referentes aos princípios da razão especulativa (cf. Barbosa Moreira, *Temas*, 9ª Série, Saraiva, 2007, p. 156). Assim, basta a reiteração do comportamento para, em dado momento, a regra de experiência surgir. Observa-se, ordinariamente, que, com o inadimplemento pelo devedor, os entes

bancários capitalizam os juros, amparados em medida provisória. Destarte, pode concluir-se que a falta de pagamento, ou o que não abranja a totalidade dos juros, faz presumir a prática de capitalização e dispensa a produção de prova tendente ao seu reconhecimento.

7- Nas obrigações periódicas inadimplidas as instituições financeiras não estão vinculadas ao percentual de juros estabelecido pela lei de usura, vedada, no entanto, a prática do anatocismo, salvo se anual.

JUSTIFICATIVA: Pacificado o entendimento jurisprudencial de que as instituições financeiras não se submetem àquela lei. Contudo, não podem praticar capitalização mensal, sendo inconstitucional medida provisória que autoriza tal prática, conforme reconhecido por unanimidade, *incidenter tantum*, pelo egrégio Órgão Especial deste Tribunal, o que dispensa outra suscitação, nos termos do art. 481, p. único, do CPC. Contudo, não há impedimento quanto ao anatocismo anual, admitido por lei.

8- Admissível chamamento ao processo da seguradora pelo fornecedor nas ações fundadas em relação de consumo.

JUSTIFICATIVA: Existe expressa permissão legal de tal intervenção (art. 101, inciso II, da Lei nº 8.078/90), que se efetiva em benefício do consumidor, na medida em que, no caso de condenação, aquela responde juntamente com o fornecedor perante o consumidor, sem que se confunda a hipótese com a denunciaçāo da lide, vedada pelo verbete nº 92 da Súmula deste Tribunal.

9- Admissível, em tese, a inversão do ônus da prova em favor da parte consumidora nas ações que versem sobre cobrança de correção monetária relativa aos planos econômicos editados pelo Governo Federal em 1987, 1989 e 1990.

JUSTIFICATIVA: Dado que a norma tem caráter processual, aplicável aos processos em curso, quanto referidos planos econômicos sejam anteriores ao Código do Consumidor.

10- Inadmissível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor nas ações que versem cobrança de correção monetária referente aos planos econômicos editados pelo Governo Federal em 1987, 1989 e 1990.

JUSTIFICATIVA: Nem todas as normas referentes à prova têm natureza processual. Como ensina Amaral Santos, “as disposições relativas à essência das provas, à sua admissibilidade, aos seus efeitos, às pessoas que devem ministrá-las” pertencem ao direito material (*Prova Judiciária no Cível e no Comercial*, 5^a ed., p. 42/43). Dado o caráter substantivo das regras pertinentes à reparação do ônus da prova, sua aplicação aos processos em curso seria retroativa e inconstitucional, além de a prova da existência e do saldo da conta constituir fato constitutivo do direito do autor.

11- A não-exibição de extratos pelo ente bancário, nas ações do poupador, referentes aos planos econômicos editados em 1987, 1989 e 1990 faz presumir como verdadeira a existência das diferenças reclamadas, se, através de prova idônea, demonstrar-se a existência da conta de poupança e do respectivo saldo.

JUSTIFICATIVA: Os extratos bancários constituem documentos comuns às partes (art. 358, inciso III, do CPC), do que resulta ser inadmissível a recusa em exibi-los, presumidos verdadeiros os fatos articulados na inicial, desde que o poupador demonstre, por documento idôneo, a identificação da conta e o respectivo saldo (art. 359, do mesmo diploma), porquanto na lição de Theodoro Júnior, o dispositivo referido “pressupõe a afirmação, pelo requerente, de fato certo a ser demonstrado com o documento em poder do requerido” (*Código de Processo Civil Anotado*, Forense, p. 168).

12- A declaração de imposto de renda do poupador configura, dentre outros, documento idôneo e apto à demonstração da existência de caderneta de poupança e seu respectivo saldo, para fim de cobrança de correção monetária referente aos planos econômicos editados em 1987, 1989 e 1990.

JUSTIFICATIVA: De acordo com o art. 332 do CPC, todos os meios legais e moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade

dos fatos. Não promovido o incidente de falsidade do documento, presume-se a veracidade de seu contexto (art. 372, do mesmo estatuto).

13- A sentença condenatória ao pagamento de expurgos inflacionários independe de liquidação.

JUSTIFICATIVA: Dispensável a liquidação, na medida em que, estipulado o índice de correção monetária, o valor da condenação é passível de apuração mediante simples cálculos aritméticos. Eventual documento em poder da instituição financeira ou de terceiro, que impeça a apresentação da memória discriminada, deverá ser adunado aos autos, na forma do art. 475-B, §§ 1º e 2º do CPC.

14- Inaplicável a taxa SELIC como percentual de juros remuneratórios nas dívidas oriundas de contratos de empréstimo bancário e de utilização de cartão de crédito.

JUSTIFICATIVA: Aos juros remuneratórios, consoante jurisprudência iterativa do STJ, aplica-se o patamar estabelecido pelo mercado.

15- A amortização de dívida oriunda de empréstimo bancário ou utilização de cartão de crédito, mediante retenção na conta-corrente, não pode ultrapassar o percentual de 30% do salário do correntista.

JUSTIFICATIVA: A retenção integral realizada pela instituição financeira, além de constituir exercício de autotutela não permitido, configura abuso do direito e penhora indireta de salário, vedados por lei. Por outro lado, a fixação do percentual visa evitar o endividamento irresponsável do correntista.

16- Mera recusa do fornecedor à solicitação de empréstimo bancário não caracteriza dano moral.

JUSTIFICATIVA: Cediço que a liberdade de contratar constitui faculdade jurídica, eis por que a recusa do mútuo não configura dano moral, visto que cabe à instituição financeira verificar a idoneidade e a solvabilidade do mutuário.

17- O simples desconto indevido em conta-corrente movimentada para pagamento de salário ou benefício previdenciário, oriundo de empréstimo bancário não contratado, configura dano moral.

JUSTIFICATIVA: Dada natureza de verba alimentar que o correntista fica privado e o transtorno causado pela conduta do fornecedor no planejamento orçamentário daquele, a ocorrência do dano moral se caracteriza *in re ipsa*, uma vez que transborda o mero aborrecimento.

18- Simples aviso encaminhado por órgão restritivo de crédito, desacompanhado de posterior inscrição, em regra, não configura dano moral.

JUSTIFICATIVA: A hipótese se insere na enunciação genérica do verbete n.º 75, da Súmula deste Tribunal, segundo o qual o mero aborrecimento não caracteriza dano moral.

19- A mera devolução de cheque, por divergência de assinatura, desacompanhada de qualquer outra consequência, não configura dano moral.

JUSTIFICATIVA: Não existe, na hipótese, desrespeito à dignidade do consumidor, antes constitui medida de cautela a ser empregada em serviços bancários.

20- Incabível a exação por concessionária pela prestação do serviço de fornecimento de água e esgoto, mediante aplicação da tarifa mínima multiplicada pelo número de unidades autônomas de um condomínio.

JUSTIFICATIVA: Tal forma de cobrança não se compadece com a tarifa mínima, autorizada pelo verbete nº 84 da Súmula deste Tribunal, uma vez que esta última é cobrada a partir do custo de disponibilidade e manutenção do serviço ao usuário, ao passo que a multiplicada pelo número de unidades é abusiva, não se justifica e com aquela não se identifica, pois só há um hidrômetro.

21- Indevida ou irregular interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configuram dano moral.

JUSTIFICATIVA: Conquanto seja possível à concessionária o exercício da autotutela, cumpridos os requisitos legais da Lei de Concessões, se estes não forem observados, a conduta configura abuso do direito. De outro lado, indevida a interrupção, há ofensa à honra e à dignidade do usuário, a justificar a responsabilidade.

22- Breve interrupção na prestação dos serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás por deficiência instrumental ou fato de terceiro, em regra, não constitui dano moral.

JUSTIFICATIVA: A hipótese, de regra, não afronta a dignidade do usuário, de sorte que traduz mero aborrecimento, eis por que o dano moral não se configura *in re ipsa* e depende de efetiva demonstração de outros transtornos mais graves.

23- Cabível a imposição de parcelamento judicial, em condições eqüitativas, de dívida oriunda de serviço essencial, se as circunstâncias do caso concreto assim o exigirem.

JUSTIFICATIVA: Conquanto o art. 314 do Código Civil não obrigue o credor a receber por partes, se assim não se ajustou, e ainda o fato de viger a autonomia da vontade, os dois princípios são mitigados pela cláusula geral da função social do contrato (art. 421, do mesmo diploma), mormente diante de serviço essencial, cuja ausência afronta a dignidade da pessoa humana. Por fim, não se constitui um passaporte com amplo acesso ao inadimplemento, senão somente se propicia o pagamento em condições eqüitativas e fixadas pelo magistrado.

24- Incabível a imposição de parcelamento judicial de dívida oriunda de serviço essencial.

JUSTIFICATIVA: Vige no direito pátrio o princípio da autonomia da vontade. Ademais, não se pode exigir que o credor receba a prestação por partes, se assim não se ajustou (art. 314, do Código Civil).

25- Incabível a interrupção de serviço essencial em razão de débito pretérito, ainda que o usuário seja previamente comunicado.

JUSTIFICATIVA: O exercício da autotutela, previsto no art. 6º, § 3º, inciso II da Lei de Concessões merece interpretação restritiva, visto que caracteriza medida de exceção, de sorte que somente o débito atual, que justifica aquela providência, fundada na asseguração da continuidade do serviço público, pode ensejar a paralisação, não abrangido o débito passado, cuja cobrança deverá observar os meios ordinários.

26- Simples alegação de concessionária destituída de prova de que a área é de risco não a exime de reparar serviço essencial, interrompido por deficiência instrumental, sendo cabível a antecipação da tutela para restabelecê-lo.

JUSTIFICATIVA: A essencialidade do serviço e a falta de comprovação de motivo da escusa impõem seu restabelecimento, admitida antecipação da tutela específica.

27- A cobrança desproporcional, abusiva e destoante de tarifa, relativa a serviços essenciais, enseja ao usuário o direito ao arbitramento judicial, cabível a antecipação da tutela para o pagamento por consignação, nos próprios autos, sobre a média dos últimos seis meses até decisão final.

JUSTIFICATIVA: A experiência tem mostrado, em certos casos, abusos praticados por concessionárias, caracterizados pela cobrança de valores expressivos e que destoam dos meses anteriores. Presentes indícios de abusividade, cabível a antecipação de tutela para impedir a interrupção do serviço e permitir ao usuário o pagamento por consignação nos próprios autos, conforme a média registrada nos últimos seis meses.

28- O usuário não responde por débito pretérito oriundo de serviços essenciais, tais como os de água e esgoto, energia elétrica e gás por ele não utilizados.

JUSTIFICATIVA: O valor cobrado na prestação do serviço não constitui tributo, senão tarifa. Não ostentando natureza de obrigação *propter rem*, por não ser tributária, a dívida do usuário anterior não pode ser transferida ao novo titular do serviço.

29- A defeituosa prestação do serviço de telefonia consistente na ocorrência de linha cruzada, em regra, não configura dano moral.
JUSTIFICATIVA: Cuida-se de hipótese em que, ordinariamente, ocorre mero dissabor, que não interfere com a dignidade do usuário, cabendo à concessionária tão-somente reparar o defeito.

30- O plano de seguro saúde é responsável pela despesa médico-hospitalar feita em tratamento, que não possa ser realizado pela rede conveniada ou credenciada do plano de saúde.

JUSTIFICATIVA: A vedação à cobertura constitui cláusula abusiva e vedada pelo Código do Consumidor, daí a responsabilidade da seguradora em arcar com os custos do tratamento.

31- O plano de seguro saúde é responsável pela despesa médico-hospitalar realizada em caráter de urgência, ainda que não tenha sido utilizada a rede conveniada ou credenciada.

JUSTIFICATIVA: A vedação à cobertura de despesa médico-hospitalar, realizada em caráter de urgência por hospital ou médico não credenciado, constitui cláusula abusiva vedada pelo Código do Consumidor. Daí a responsabilidade do plano de seguro saúde de arcar com os custos do tratamento.

32- Indevida recusa de internação hospitalar pelo plano de seguro saúde, obtida posteriormente mediante providência judicial, configura dano moral.

JUSTIFICATIVA: A hipótese não se confunde com a enunciada no verbete nº 75 da Súmula deste Tribunal, visto que aqui, diferentemente de ali, não há simples inadimplemento contratual a caracterizar mero aborrecimento, mas risco à vida ou à saúde do consumidor, além de afronta à dignidade da pessoa humana a justificar a condenação pelo dano moral, arbitrada eqüitativamente segundo as circunstâncias do caso concreto. De outro lado, não coincide com a situação em que há mero pedido de reembolso, porquanto aí não ocorre angústia pelo não-atendimento médico-hospitalar ou ela foi suprimida pelos recursos de que o consumidor dispunha para antecipar as despesas.

33- Para o deferimento da antecipação da tutela contra plano de seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade imediata.

JUSTIFICATIVA: No sopeso dos riscos em conflito, prevalece o interesse que preserva a vida e a saúde em detrimento do patrimônio, de sorte que verificada, posteriormente, a inexistência do direito, a questão se resolve em perdas e danos.

34- Havendo divergência entre o plano de seguro saúde e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico especialista incumbido de sua realização.

JUSTIFICATIVA: O profissional que realizará o procedimento torna-se diretamente responsável por ele (art. 14, § 4º, do CDC), razão pela qual ao médico especialista compete a escolha da técnica e do material a serem utilizados.

35- O prazo prescricional da pretensão de beneficiário de seguro de vida é decenal.

JUSTIFICATIVA: O beneficiário não é segurado, mas terceiro. Logo, a ele não se aplica o disposto no art. 206, § 1º, inciso II do Código Civil. Ademais, a prescrição não é trienal, visto que o § 3º, inciso IX do mesmo artigo e diploma se refere a seguro obrigatório, eis por que o seguro de vida não se enquadra nesta modalidade.

36- A pretensão fundada em responsabilidade civil, decorrente de contrato de transporte, prescreve em cinco anos.

JUSTIFICATIVA: Na medida em que existe relação de consumo, o simples fato de o Código Civil regular o contrato de transporte de pessoas e coisas (art. 730/756) não enseja a aplicação do prazo genérico de prescrição trienal da reparação civil, previsto no art. 206, § 3º, inciso V do mesmo diploma, visto que existe a norma especial do art. 27 do Código do Consumidor, não revogada, e que prevalece sobre a regra geral.

37- A pretensão fundada em responsabilidade civil, decorrente de contrato de transporte, prescreve em três anos.

JUSTIFICATIVA: Na medida em que o Código Civil regulou, expressamente, o contrato de transporte de pessoas e coisas (arts. 730/756), passa a prevalecer a prescrição trienal prevista no art. 206, § 3º, inciso V do mesmo diploma para o exercício das pretensões fundadas em reparação civil, dentre elas a decorrente de contrato de transporte inadimplido.

38- O vocábulo “terceiros”, de que trata o art. 37, § 6º da Lei Fundamental, deve ser entendido no âmbito da responsabilidade extracontratual.

JUSTIFICATIVA: Interpretação diversa não se compadece com as regras de hermenêutica de que o legislador não diz coisas inúteis e se proíbe a conclusão para o absurdo, dado que, em caso de responsabilidade contratual, ela também ostentaria natureza objetiva, em decorrência da relação de consumo, daí por que aquela palavra só pode referir-se no contexto da responsabilidade extracontratual.

39- A pretensão indenizatória decorrente de dano moral, deduzida com base em relação de consumo, ainda que fundada no vício do serviço, se sujeita ao prazo de prescrição.

JUSTIFICATIVA: O Código do Consumidor, ao estabelecer os prazos decadencial e prescricional (arts. 26 e 27 do CDC), distingue entre vício do serviço- prazo decadencial - e fato do serviço - prazo prescricional. Contudo, o dano moral é sempre autônomo. Destarte, mesmo que, inicialmente, o ato emane de um vício, a consequência imaterial constitui fato do serviço, eis por que a pretensão é prescricional.

40- A existência de dependência econômica entre a vítima e as pessoas a quem ela deveria alimentos, em caso de morte, não configura fator determinante para o reconhecimento do dano material, bastando que do evento danoso decorra decréscimo matrimonial.

JUSTIFICATIVA: A indenização por morte não tem caráter alimentar, mas civil. Aquele apenas serve de norte para fixação do pensionamento. A alusão à “prestação de alimentos”, constante do art. 948, inciso II do Código Civil, deve ser interpretada de forma restritiva. Na lição de Aguiar Dias essa referência “não tem, em nosso sistema de reparações, a influência fundamental que sempre se lhe tem atribuído. Deve ser tida como simples indicação subsidiária, para apontar os beneficiários da indenização ou para coibir abuso na liquidação”.

41- Preenchidos os pressupostos do art. 273 do CPC, cabível a antecipação da tutela alimentar na ação fundada em responsabilidade civil decorrente de contrato de transporte.

JUSTIFICATIVA: O princípio geral de direito - irrepetibilidade dos alimentos - não pode servir de fundamento para impedir a antecipação da tutela neste caso, dado que o conceito de irreversibilidade sofreu certo temperamento semântico por parte da doutrina, mediante sopeso do risco inverso.

42- A aquisição de produto perecível, visivelmente impróprio para consumo, sem prejuízo à saúde do consumidor, em regra não configura dano moral.

JUSTIFICATIVA: A simples inutilidade do produto, desde que visível e sem dano à saúde do consumidor, caracteriza mero aborrecimento, eis por que, na esteira do verbete nº 75 da Súmula deste Tribunal, o fato, em regra, não caracteriza dano moral, senão apenas o material.

43- A previsão contratual de perda do sinal nas promessas de compra e venda não configura cláusula abusiva, nem infringe o Código do Consumidor.

JUSTIFICATIVA: O art. 418, do Código Civil, prevê, expressamente, a perda do sinal. De outro giro, a legislação consumerista proscreve tão-somente a perda de todas as parcelas pagas (art. 53 do CDC), o que não se confunde com as arras.

44- Invertido o ônus da prova em prol do consumidor, o juiz pode dispensar a prova pericial se a presunção de verdade for suficiente para o julgamento do processo, caso em que, para ser realizada, deverá ser custeada pelo fornecedor, sob o ônus de sua não produção.

JUSTIFICATIVA: O enunciado não contrasta com entendimento predominante do Tribunal, de que a inversão não importa na reversão do custeio. Diferentemente, na hipótese cogitada, a prova pericial deixa de ser necessária em virtude da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo consumidor, de sorte que sua produção passa a interessar, exclusivamente, ao fornecedor, daí por que os custos devem ser por ele suportados, pois, em última análise, foi quem a requereu como contraprova à presunção.

45- A inversão do ônus da prova constitui direito básico do consumidor uma vez preenchidos os pressupostos previstos no art. 6º, inciso VIII do CDC, sem implicar, necessariamente, na reversão do custeio, em especial quanto aos honorários do perito.

JUSTIFICATIVA: A inversão do ônus da prova objetiva facilitar a defesa do consumidor em juízo. Ela, contudo, não importa, necessariamente, na transferência dos custos da produção da prova ao fornecedor, se a presunção decorrente não for suficiente para o julgamento e exigir uma instrução. Ressalte-se que o referido enunciado foi aprovado em encontro de desembargadores anterior, mas se ressente de constituir entendimento sumulado.

46- A inversão do ônus da prova constitui direito básico do consumidor, uma vez preenchidos os pressupostos previstos no art. 6º, inciso VIII do CDC, implicando, necessariamente, na reversão do ônus correspondente ao seu custeio, em especial quanto aos honorários do perito, arcando o fornecedor, caso não promova o pagamento, com as consequências jurídicas daí decorrentes.

JUSTIFICATIVA: A inversão do ônus da prova objetiva facilitar a defesa do consumidor em juízo, eis por que importa, necessariamente, na transferência dos custos de sua produção ao fornecedor. Por ser um ônus e não uma obrigação, não pode o fornecedor

ser obrigado a custear a prova, caso não promova o pagamento, com as consequências daí decorrentes. Ressalte-se que enunciado em sentido contrário, aprovado em encontro de desembargadores anterior ressente-se de constituir entendimento sumulado.

47- Cobrança feita através de missivas, desacompanhada de inscrição em cadastro restritivo de crédito, em regra não configura dano moral, nem rende ensejo à devolução em dobro.

JUSTIFICATIVA: A hipótese caracteriza mero aborrecimento e não afronta a dignidade do destinatário da carta. De outro lado, inacabível a devolução do que não foi pago.

48- A manutenção, pelo fornecedor, da inscrição do consumidor em cadastro restritivo de crédito, após o pagamento do débito, configura dano moral.

JUSTIFICATIVA: Na medida em que o débito foi pago e o fornecedor é responsável pela atualização dos dados cadastrais (art. 43, parágrafo único, Código do Consumidor), sua omissão caracteriza dano moral.

49- O dever de comunicação de que trata o art. 43, § 3º do CDC, não é do fornecedor, mas do órgão restritivo de crédito.

JUSTIFICATIVA: O fornecedor solicita a inserção no cadastro. Contudo, não é dele o dever de comunicação, senão do órgão incumbido de registrar e arquivar os dados, pois a este a lei imputa a responsabilidade pela comunicação ao consumidor da anotação.

50- A inscrição em cadastro restritivo de crédito de devedor solidário de conta bancária conjunta, por motivo de dívida não paga e contraída apenas pelo correntista principal, configura dano moral.

JUSTIFICATIVA: Na medida em que o débito foi contraído pelo correntista principal, somente este pode ter o nome inscrito naquele cadastro. A solidariedade, prevista no contrato, não se estende ao direito àquela inscrição.

51- A cobrança de tarifa bancária em conta corrente ativa não movimentada e a inclusão do correntista em cadastro restritivo de crédito, em caso de não pagamento, constituem exercício regular de direito.

JUSTIFICATIVA: A conduta do fornecedor funda-se no contrato firmado e na omissão do correntista em não realizar o cancelamento da conta bancária.

52- O deferimento da antecipação da tutela para cancelamento de inscrição em cadastro restritivo de crédito depende da proposta de ação pelo devedor, da plausibilidade da inexistência do débito e, se parte dele for incontroverso, do respectivo depósito ou caução idônea.

JUSTIFICATIVA: Esses são os pressupostos exigidos por copiosa jurisprudência do STJ para deferimento da medida.

53- Convenções internacionais que estabeleçam indenização tarifada não se sobreponem ao Código do Consumidor, ainda que posteriores à sua edição.

JUSTIFICATIVA: A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu art. 5º, inciso X, o princípio da restituição integral. De seu turno, o Código do Consumidor (art. 6º, inciso VI) estabelece princípio idêntico, eis por que, em razão da supremacia da Constituição, que assegura a defesa do consumidor e o resarcimento cabal dos danos, aquelas convenções não podem prevalecer. Conquanto a matéria seja pacífica, não está sumulada.

54- A prática de ***overbooking*** que resulte na indisponibilidade de assento de aeronave para o passageiro no momento da realização da viagem configura dano moral.

JUSTIFICATIVA: A perda da viagem, na hipótese, configura defeito na prestação do serviço pelo transportador, porquanto por ele provocada, o que, de per si, já caracteriza o dano moral, cuja intensidade será mensurada diante do caso concreto, com influência, apenas, na fixação do ***quantum debeatur***, visto que o fato em si já enseja o dano. Malgrado a questão seja recorrente, ressente-se de entendimento sumular.

55- Os contratos de seguro de vida, ininterruptos e de longa duração, configuram-se como cativos, não se sujeitam à renovação, nem ao reajuste do valor do prêmio em razão de idade e não comportam modificação do capital segurado.

JUSTIFICATIVA: O art. 796 do Código Civil prevê tal modalidade de seguro. De outro lado, a função social do contrato coíbe a prática abusiva da renovação anual do seguro, como também no tocante ao valor do prêmio e à modificação do capital segurado.

56- A previsão de cobertura securitária de dano pessoal abrange o moral, que só se exclui diante de previsão contratual expressa, a qual não configura cláusula abusiva.

JUSTIFICATIVA: Na medida em que a Constituição Federal passou a admitir, expressamente, a cumulação do dano material com o moral, o dano pessoal, previsto na apólice, comprehende aquele último. De outro lado, a lei permite a limitação dos riscos pela seguradora, pautada em critérios atuariais, eis por que não se caracteriza como abusiva a cláusula, desde que expressa, que venha a excluir o dano moral da indenização securitária.

57- A rescisão do contrato de seguro por mora do segurado depende de prévia notificação, respondendo a seguradora, em caso de sinistro, pelos danos ocorridos, durante a vigência do contrato, permitida dedução de prêmio inadimplido.

JUSTIFICATIVA: Copiosa jurisprudência considera a mora prevista no art. 763 do Código Civil *ex persona*, do que decorre a indispensabilidade de prévia notificação. Admite-se a dedução do prêmio não pago em face do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

58- Nas ações fundadas em cobrança de seguro obrigatório, ocorrida liquidação extrajudicial ou falência da seguradora açãoada, responde pelo pagamento o consórcio gerido pela Seguradora Líder, do qual é representante, cuja integração no pólo passivo se admite, ainda que em fase de cumprimento de sentença.

JUSTIFICATIVA: Nos termos do art. 7º da Lei nº 6.194/74, o consórcio firmado pelas seguradoras que operam seguro obrigatório,

representado pela Seguradora Líder, inclusive para fins processuais, é responsável pelo pagamento, do que resulta sua condição de devedor e sujeito passivo da execução (art. 568, I, do CPC), dado que não é estranho ao direito processual brasileiro não haver integral similitude entre autor e réu no processo de cognição e credor e devedor no cumprimento da sentença.

59- As tabelas de indenização decorrente de seguro obrigatório estabelecidas pela Medida Provisória nº 340/06, convertida na Lei nº 11.482 de 31/05/07, não se aplicam aos acidentes ocorridos antes de 29/12/06.

JUSTIFICATIVA: Referidas tarifas foram fixadas em patamar inferior ao previsto na Lei nº 6194/74, em detrimento do segurado, do que se segue sua irretroatividade, na forma do art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

60- As tabelas de indenização decorrente de seguro obrigatório estabelecidas pela Medida Provisória nº 340/06, convertida na Lei nº 11.482 de 31/05/08, não se aplicam aos sinistros ocorridos antes de 29/12/06, salvo se mais benéficas para o segurado.

JUSTIFICATIVA: Referidas tarifas foram fixadas em patamar inferior ao previsto na Lei nº 6.194/74, em detrimento do segurado, do que se segue sua irretroatividade. Se a situação, porém, configurar-se mais favorável àquele, v.g., o caso de sinistro remoto, em que a correção monetária, contada do acidente, não acompanha o reajuste do salário mínimo, aplica-se a lei nova, dado o caráter social do seguro obrigatório.

61- A pretensão fundada no não-pagamento do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em dez anos.

JUSTIFICATIVA: O DPVAT não é seguro de responsabilidade civil, mas de danos pessoais, o que se extrai das disposições contidas na Lei nº 6.194/74 e no Decreto-Lei nº 73/66, do que resulta a não-aplicação do prazo trienal estabelecido pelo art. 206, § 3º, inciso IX do Código Civil, senão a prescrição decenal do art. 205 do mesmo diploma, até porque o caráter social desta modalidade de seguro não admite interpretação diversa.

62- A pretensão fundada no não-pagamento do seguro obrigatório prescreve em três anos.

JUSTIFICATIVA: O DPVAT é seguro de responsabilidade civil obrigatório, do que resulta a aplicação do prazo prescricional especial previsto no art. 206, § 3º, inciso IX do Código Civil.

63- O prazo prescricional para a cobrança da diferença do DPVAT é o mesmo estabelecido em lei para os casos de não-pagamento.

JUSTIFICATIVA: Cuida-se de aplicação do princípio geral de direito segundo o qual onde existe idêntica razão, deve haver a mesma disposição de direito.

64- Documento expedido pelo Sistema Megadata Computações não comprova o pagamento do seguro DPVAT.

JUSTIFICATIVA: Referido documento não atesta o pagamento, dado que é produzido unilateralmente, além de o instrumento de quitação exigir certos requisitos (art. 320 do Código Civil), não preenchidos por aquele documento.

65- Documento expedido pelo Sistema Megadata Computações comprova o pagamento do seguro DPVAT.

JUSTIFICATIVA: Referido documento atesta o pagamento, na medida em que o Megadata é um banco de dados similar ao SERASA, sem vínculo com as seguradoras, do que se segue constituir o documento um sucedâneo do instrumento de quitação.

66- Para o cumprimento da tutela específica de prestação unificada de saúde, insere-se entre as medidas de apoio, inútil outro meio coercitivo, a apreensão de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde transitam receitas públicas do ente devedor, com a imediata entrega ao necessitado e posterior prestação de contas.

JUSTIFICATIVA: Os art. 461, § 5º e 461-A, § 3º, ambos do Código de Processo Civil, estabelecem medidas de apoio exemplificativas, de modo que cabe ao juiz estabelecer a mais conveniente e adequada ao caso concreto. Se infrutífera a multa ou a busca e apreensão do

produto, a de quantia em dinheiro não constitui sublevação contra as regras constitucionais de precatório, senão apenas adoção de medida que assegura o resultado prático equivalente (art. 461, *caput* do mesmo diploma) e constitui sucedâneo da obtenção do produto, até porque a exigência do precatório só se aplica às condenações por quantia certa.

67- Compreende-se na prestação unificada de saúde a obrigação do ente público de fornecer produtos complementares ou acessórios aos medicamentos, como os alimentícios e higiênicos, desde que diretamente relacionados ao tratamento da moléstia, assim declarado por médico que assiste o paciente.

JUSTIFICATIVA: De nada adiantaria o adimplemento do dever de assistência farmacêutica, incluído na obrigação estatal de prestar saúde, se nela não fossem incluídos os complementares ou acessórios que colaboram na cura ou no controle da doença, obviamente guardada conexidade com o tratamento da moléstia.

68- A obrigação dos entes públicos de fornecer medicamentos não padronizados, desde que reconhecidos pela ANVISA e por recomendação médica, compreende-se no dever de prestação unificada de saúde e não afronta o princípio da reserva do possível.

JUSTIFICATIVA: Os entes públicos podem ser compelidos, no controle judicial, a dar efetividade a políticas públicas estabelecidas pela Constituição Federal, caso em que a reserva do possível se presume (cf. Ap Cível n° 2007.001.11057, 2^a C. Cível, TJRJ, Relator Desembargador Jessé Torres, j. em 04/04/07). O dever de prestar assistência à saúde é constitucional. Nele se compreende o de fornecer medicamentos não padronizados, desde que reconhecidos pela ANVISA e por recomendação médica, na medida em que a reação de cada paciente, muitas vezes, foge da regra geral e é idiossincrática, do que resulta a não-produção de qualquer efeito e, assim, o ente público estará desatendendo àquele comando constitucional.

69- Presente o interesse processual na ação proposta em face de entes estatais com vistas à obtenção de prestação unificada de saúde.

JUSTIFICATIVA: Notória a insuficiência estatal na prestação daquele serviço e reiterada a tese de falta de interesse processual, inteiramente descabida, uma vez que, como referido, aquela política pública está longe de se concretizar de forma satisfatória, daí a necessidade da via judicial.

70- A verba honorária arbitrada em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública, nas ações que versem sobre a prestação unificada de saúde, em princípio não deve exceder o correspondente a meio salário-mínimo nacional.

JUSTIFICATIVA: Trata-se de demandas numerosas e repetitivas, as quais, em regra, não exigem maior labor intelectual, do que resulta fixação de verba honorária móda, de modo a não onerar o erário e atender ao princípio da razoabilidade e à eqüidade.

71- A declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Municipal do Rio de Janeiro nº 3.167/00 não impede a concessão individual do passe livre por decisão judicial.

JUSTIFICATIVA: O benefício não se embasa exclusivamente no diploma legal antes mencionado, senão também no próprio ordenamento constitucional, que assegura a preservação da saúde e a dignidade da pessoa humana.

72- A impugnação judicial de ato administrativo não enseja a formação de litisconsórcio necessário entre a pessoa jurídica de direito público e o seu beneficiário, salvo em caso de contrato administrativo.

JUSTIFICATIVA: Conforme melhor doutrina, o litisconsórcio necessário, sempre passivo, só se forma por determinação legal (art. 47, do CPC) e diante de hipótese em que se pretenda desconstituir ato do qual tenha participado mais de uma pessoa. Assim, se ele foi praticado apenas pela Administração, seu beneficiário - o administrado - tem mero interesse jurídico na vitória daquela, daí ser admissível somente assistência (art. 50, do CPC). Por outro turno, o fato de o terceiro beneficiado pelo ato impugnado sofrer influência direta e imediata da sentença, não implica na formação do

litisconsórcio necessário, como é o caso, também, do sublocatário na ação de despejo movida pelo locador em face do locatário. Por fim, dado que no contrato administrativo o ato é realizado pelos contratantes, ambos devem ser citados.

73- A pena de apreensão de veículo (art. 262 do CTB) pela autoridade administrativa enseja ao proprietário o ônus da custódia e, para obter sua restituição, fica obrigado ao prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada.

JUSTIFICATIVA: A apreensão de veículo (art. 262 do CTB) constitui medida administrativa, que não se confunde com a retenção (art. 270 do mesmo diploma). Diferentemente desta, em que basta a regularização do veículo para ser liberado (art. 270, § 1º), aquela permite que a custódia se realize com ônus para o proprietário e a restituição antecedida por aqueles pagamentos.

74- A gratificação estadual - Programa Nova Escola - não é perceptível durante a licença-maternidade.

JUSTIFICATIVA: Conquanto o gozo da licença-maternidade seja considerado como efetivo exercício da função, para a percepção de referida gratificação decreto estadual exigiu a ocorrência de outro pressuposto, a freqüência presencial na unidade de ensino num mínimo de 210 dias, incompatível com o exercício daquele direito, daí a impossibilidade de percebê-la.

75- Legítima a exigência editalícia de boa conduta e, desde que prevista, lícita a eliminação do concurso de candidato submetido a inquérito policial.

JUSTIFICATIVA: A exigência se coaduna com um dos princípios basilares da Administração Pública - moralidade - eis por que não se pode cogitar, na hipótese, de invalidade do ato administrativo, se verídicos os motivos e observados os limites da razoabilidade.

76- Cabe agravo regimental contra as decisões de que trata o art. 527, incisos II e III, do Código de Processo Civil.

JUSTIFICATIVA: O art. 527, p. único do mesmo diploma não vedou, em termos expressos, a interposição do agravo regimental.

77- Incabível agravo regimental contra as decisões de que trata o art. 527, incisos II e III do Código de Processo Civil.

JUSTIFICATIVA: O art. 527, p. único, do mesmo diploma, vedou a interposição de qualquer recurso no âmbito do Tribunal competente para o julgamento.

78- Incabível agravo interno contra decisão monocrática do relator que nega seguimento a reexame necessário.

JUSTIFICATIVA: Consoante decidido no RESP nº 904.885, a Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento segundo o qual incabível recurso especial pela Fazenda Pública contra matéria que fora julgada em duplo grau de jurisdição, em virtude de preclusão lógica. Por razão de simetria, carece de admissibilidade, por falta de cabimento, o recurso de agravo interno manejado em relação à mesma questão.

79- Incide verba honorária no cumprimento da sentença e cabe a fixação provisória a partir do momento em que o credor apresenta a memória discriminada e atualizada do cálculo, de que trata o art. 475-B do Código de Processo Civil.

JUSTIFICATIVA: Malgrado o sincretismo processual, em que a execução passou a constituir fase posterior do processo cognitivo, as atividades executivas permanecem, apenas deixaram de ter natureza jurídica de processo, daí se segue ser cabível a fixação de honorários em cumprimento de sentença. O arbitramento ocorrerá a partir do momento em que o credor apresenta a memória do cálculo a que se refere o art. 475-B do diploma processual, visto que tal termo marca o início de prática de atos executivos e em razão de poder haver impugnação ao cumprimento de sentença, encetando-se disputa.

80- Não incide verba honorária no cumprimento da sentença.

JUSTIFICATIVA: Não mais existindo processo de execução, fun-

dado em sentença condenatória, não há como incidir verba honorária.

81- Incide verba honorária no cumprimento da sentença a partir do decurso do prazo estabelecido pelo art. 475-J do CPC, não atendido, espontaneamente, pelo devedor.

JUSTIFICATIVA: Se o devedor paga o débito no prazo de 15 dias de que trata o art. 475-J do CPC, o cumprimento da sentença se encerra em seu nascedouro, eis por que a imposição de honorários apenas sobrecarregaria, de forma irrazoável, o executado, que atendeu ao comando legal.

82- Dispensável intimação pessoal do devedor no cumprimento da sentença.

JUSTIFICATIVA: A adoção do sincretismo processual visou eliminar, dentro do possível, formalidades desnecessárias.

83- Indispensável intimação pessoal do devedor no cumprimento da sentença.

JUSTIFICATIVA: Dado que o ato de pagar é personalíssimo do devedor, imprescindível sua intimação pessoal.

84- O prazo de que trata o art. 475-J do Código de Processo Civil flui a partir da intimação do devedor de que a sentença se tornou exequível.

JUSTIFICATIVA: Desde que a sentença produziu efeito executivo, de sua intimação flui o prazo de 15 dias. Entendimento diverso, além de afrontar a efetividade e a celeridade do processo, importaria tornar a interposição de recurso especial e extraordinário conduta processual de risco, uma vez que, se não admitidos, o prazo já teria decorrido, porquanto neste caso o trânsito em julgado surge a partir da configuração da inadmissibilidade e não da decisão que a pronuncia, pois meramente declaratória (cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, 10^a ed., Forense p. 265).

85- O prazo, de que trata o art. 475-J do Código de Processo Civil flui a partir do trânsito em julgado.

JUSTIFICATIVA: A multa não se aplica à execução provisória, uma vez que esta se inicia por conta e risco do credor.

86- O prazo de que trata o art. 475-J do Código de Processo Civil flui a partir da intimação do devedor, através de seu advogado, da apresentação da memória discriminada e atualizada do cálculo aludida pelo art. 475-B do mesmo diploma, ainda que a execução seja provisória.

JUSTIFICATIVA: Para que a multa possa incidir, o devedor deve tomar conhecimento de quanto tem a pagar, o que depende de iniciativa do credor. Não é necessário, por outro lado, em face do princípio da efetividade do processo, haver o trânsito em julgado da sentença, até porque atos de disposição podem ser praticados durante a execução provisória.

87- A intimação de que trata o art. 475-J do CPC deve ser feita diretamente à parte, admitida forma postal.

JUSTIFICATIVA: Na medida em que o ato de pagar é personalíssimo, imprescindível que a intimação seja realizada diretamente à parte. Contudo, em face do princípio da instrumentalidade das formas e ante a autorização legal (art. 238, do CPC), dispensável a intimação por oficial de justiça, permitida a postal.

88- Dão-se na pessoa do Defensor Público as intimações aludidas pelo art. 475-J, *caput* e § 1º e art. 652, § 4º, todos do CPC, de parte patrocinada pela Defensoria Pública.

JUSTIFICATIVA: Dado que à Defensoria Pública compete assistência jurídica integral, nela se compreende o dever de permanente contato com a parte, inclusive a comunicação do prazo de pagamento da condenação e de ser intimada da penhora. De outro lado, constitui prerrogativa dos Defensores Públicos a intimação pessoal. Assim, é na pessoa deles que ocorre a intimação (cf. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil, Comentários sistemáticos à Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006*, v. 3, Cássio Scarpinella Bueno, Saraiva, p. 95). Por fim, o órgão dispõe de autonomia administrativa e

financeira, por onde se vê a falta de razoabilidade em transferir tal incumbência para o Judiciário.

89- A intimação nos casos do art. 475-J, *caput* e § 1º e art. 652, § 4º do CPC, de litigante patrocinado pela Defensoria Pública, deve ser feita diretamente àquele, admitida forma postal.

JUSTIFICATIVA: Dada a enorme sobrecarga de trabalho da Defensoria Pública, incabível atribuir ao órgão tal incumbência.

90- A intimação do executado para apresentação de impugnação ao cumprimento da sentença somente será realizada após avaliação do bem penhorado.

JUSTIFICATIVA: A avaliação errônea é um dos temas dedutíveis na impugnação (art. 475-L, inciso III do CPC), eis por que a intimação do executado para impugnar o cumprimento da sentença só pode realizar-se após aquela.

91- Inapropriada a aplicação de multa em razão de descumprimento de ordem judicial consistente na não-exibição de documentos.

JUSTIFICATIVA: As consequências para o descumprimento do preceito já estão *expressis verbis* previstas na lei, conforme se trate de parte ou terceiro: presunção de veracidade dos fatos alegados pela outra parte ou busca e apreensão dos documentos (arts. 359 e 362, do CPC).

92- O termo inicial da multa fixada para o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e dar flui da data da juntada aos autos do mandado de intimação do devedor, permitida execução provisória, inclusive da antecipação da tutela, com observância do art. 475-O do CPC.

JUSTIFICATIVA: Sedimentado o entendimento pretoriano segundo o qual a *astreinte* depende de intimação pessoal, eis por que o prazo corre a partir da juntada do mandado aos autos (art. 241, inciso II do CPC). Admite-se a execução provisória, inclusive da tutela antecipada, como forma de obtenção da efetividade do comando judicial. Posicionamento diverso importaria na elevação da

multa a patamares irrazoáveis, premiado o devedor inerte, que se valeria dos arts. 461, § 6º e 461-A, § 3º, ambos do CPC, para obter sua redução, estimulado, ainda, o descumprimento do preceito judicial.

93- O termo inicial da multa fixada para o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e dar flui da juntada aos autos do mandado de intimação, não admitida execução provisória.

JUSTIFICATIVA: Sedimentado o entendimento pretoriano segundo o qual a *astreinte* depende de intimação pessoal, razão por que o prazo corre a partir da juntada aos autos do mandado de intimação (art. 241, inciso II do CPC). Inadmissível, por outro lado, a execução provisória ante a falta de certeza jurídica.

94- Os municípios e as fundações autárquicas estaduais e municipais respondem pela verba honorária devida ao Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública, em caso de sucumbência.

JUSTIFICATIVA: O Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública goza de autonomia orçamentária e conta com receitas próprias. Além disso, a Defensoria Pública não é órgão que integra aqueles entes.

95- O critério de rateio das despesas condominiais é insuscetível de modificação, salvo por deliberação unânime dos condôminos.

JUSTIFICATIVA: O sistema de proporção da contribuição condominial constitui direito adquirido do condômino, de sorte que sua alteração pressupõe unanimidade de votos.

96- As cotas condominiais não constituem prestações periódicas.

JUSTIFICATIVA: Dado que em cada Assembléia Geral Ordinária é estabelecido novo rateio de despesas, com valores diversos dos que constavam na anterior, a cota condominial não é prestação periódica e a ela não se aplica o art. 290 do diploma processual civil.

97- As cotas condominiais constituem prestações periódicas e o termo final da condenação é o início do cumprimento da sentença.

JUSTIFICATIVA: Permitir que a condenação persista enquanto durar a obrigação equivale a perenizar o litígio, além de afrontar o princípio do contraditório. O cumprimento da sentença é, pois, o termo final da condenação.

98- As cotas condominiais constituem prestações periódicas e a condenação persiste enquanto durar a obrigação.

JUSTIFICATIVA: Além de atender à economia e à efetividade do processo, a própria lei autoriza a medida (art. 290, do CPC). De outro lado, não há violação do contraditório, na medida em que o devedor poderá não só depositar aquilo que supõe devido, como também impugnar qualquer excesso cometido pelo credor.

99- As normas do Código de Processo Civil e de leis extravagantes são aplicáveis à competência das varas regionais, observado o princípio da especialidade.

JUSTIFICATIVA: A lei de organização judiciária não define o critério, salvo quanto à região administrativa, de sorte que são aplicáveis, no silêncio do CODJERJ, as regras do Código de Processo Civil e das leis extravagantes, observado princípio da especialidade.

100- É da competência da Justiça Estadual o julgamento das ações em que for parte a Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro.

JUSTIFICATIVA: A CAARJ, conquanto integre a OAB, na condição de um de seus órgãos, não é autarquia federal, porque não criada por lei específica, como exige o art. 37, inciso XIX da CF e ostenta natureza jurídica própria de entidade securitária de Direito Privado, do que resulta na competência da Justiça Estadual para o julgamento de ações em que for parte.

101- É da competência da Justiça Federal o julgamento das ações em que for parte a Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro.

JUSTIFICATIVA: Independente da natureza jurídica da CAARJ, ela integra a OAB, fundação autárquica federal (art. 109, inciso I da

CF), do que se segue ser da Justiça Federal a competência para o julgamento das ações em que o ente securitário for parte.

102- O levantamento do principal sem ressalva presume o pagamento dos juros, mas nele não se compreendem as diferenças de despesas processuais, a correção monetária e os juros incidentes sobre tais parcelas.

JUSTIFICATIVA: O pagamento do principal sem reservas presume o dos juros, por quanto, se insuficiente para atender a ambos, impõe-se primeiro o pagamento nos juros e em razão de estes só serem devidos após o vencimento do prazo de cumprimento da obrigação (art. 389 do Código Civil). A regra não se aplica à correção monetária e à diferença de despesas processuais, por constituírem o principal, e aos juros delas, visto que acessórios de capital não pago. De outro lado, os arts. 709, p. único e 710, ambos do CPC, não se contrapõem ao art. 323 do C.C., dado que pagamento é ato jurídico de direito material que, destarte, se regula por normas de direito substantivo.

103- Nas ações fundadas em responsabilidade civil, a obrigação de entregar aparelho ortopédico configura tutela específica de entrega de coisa, que se cumpre na forma do art. 461-A, § 1º do CPC, observados os arts. 629/631 do mesmo diploma processual.

JUSTIFICATIVA: A obrigação de fornecer aparelho ortopédico não é de entrega de soma, senão de dar coisa. Nesse diapasão, inadequada a estimativa na sentença condenatória, e pertinente torná-la certa, no próprio *decisum exequendo*. Caso este seja omissa, a concentração da coisa será realizada no cumprimento da sentença, na forma do art. 461-A, § 1º do CPC, sem maiores formalidades, aplicados os arts. 629/631 do CPC, em face do que dispõe o art. 475-R, do mesmo estatuto.

104- Ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, a constituição de capital configura medida preferencial em relação às empresas de direito privado na hipótese de prestação alimentícia decorrente de responsabilidade civil.

JUSTIFICATIVA: A volatilidade do mercado, a instabilidade da economia e o tempo da obrigação recomendam prudência e cerimônia na substituição da constituição do capital pela inclusão em folha de pagamento, autorizada pelo art. 475-Q, § 2º do CPC.

105- Questões atinentes a juros legais, correção monetária, prestações vincendas e condenação nas despesas processuais constituem matérias apreciadas de ofício pelo Tribunal.

JUSTIFICATIVA: O art. 293 do CPC estatui que, quanto os pedidos sejam interpretados restritivamente, os juros legais estão compreendidos no principal. Cuida-se de modalidade de pedido implícito, o qual não exige formulação pela parte para ser atendido. Por extensão, segundo melhor doutrina, a norma abrange a correção monetária, as prestações vincendas e a condenação nas despesas processuais (cf. Calmon de Passos, **Comentários**, 8ª ed., Forense, p. 210). Se assim se dá no 1º grau de jurisdição, por razão de simetria aquelas questões podem ser corrigidas, de ofício, pelo Tribunal.

106- Compete ao juiz, no processo de inventário, sem prejuízo da atribuição da autoridade administrativa, declarar a isenção do imposto de transmissão ***causa mortis*** de herdeiro beneficiário da gratuidade de justiça, cuja renda mensal não exceda cinco salários mínimos.

JUSTIFICATIVA: O art. 1º da Lei Estadual n.º 1.385/88 prevê isenção de ITBI para o herdeiro cuja renda não exceda cinco salários mínimos. Não obstante a atribuição da autoridade administrativa em concedê-la (art. 179 do CTN), ela não é exclusiva, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Ademais, na medida em que o juiz tem o poder de julgar o cálculo do imposto de transmissão (arts. 984 e 1.013, § 2º do CPC), nele se compreende o de reconhecer a isenção, constituindo formalismo exacerbado interpretação em sentido contrário.

107- A sentença proferida em ação civil pública ajuizada por associação beneficia os não-associados, salvo se, expressamente, restringir seu alcance aos integrantes da entidade.

JUSTIFICATIVA: O direito tutelado é coletivo, do que decorre seu caráter de indivisibilidade, de sorte que a sentença beneficia os não-associados, exceto se esta, expressamente, limitar seus efeitos aos efetivamente associados.

108- Cabível execução individual pelo beneficiário, no foro de seu domicílio, de sentença proferida em ação civil pública decorrente de relação de consumo, prolatada em foro diverso.

JUSTIFICATIVA: O CDC reconhece a hipossuficiência do consumidor, do que resulta a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive quanto ao acesso aos órgãos judiciários (art. 6º, incisos VII e VIII). De outro lado, as regras de competência concernentes à execução da sentença coletiva não são as mesmas que disciplinam a individual (art. 98, § 2º, inciso II e art. 101, inciso I), por onde se vê ser facultada ao beneficiário a execução individual no foro de seu domicílio.

109- A publicação do edital de citação no órgão oficial, deferida gratuidade de justiça, será feita apenas uma vez.

JUSTIFICATIVA: O inciso III, do art. 232, do CPC, só exige uma publicação no órgão oficial. Dado que, na hipótese de gratuidade de justiça, ela só é realizada no órgão oficial (art. 232, § 2º, do mesmo diploma), segue-se, da conjugação das duas regras, a exigibilidade de apenas uma publicação para a perfectibilidade do ato processual.

110- A publicação do edital de citação no órgão oficial, deferida gratuidade de justiça, será feita por três vezes.

JUSTIFICATIVA: O art. 232, § 2º do CPC estatui que a publicação do edital de citação, na hipótese, será realizada apenas no órgão oficial. Na medida em que o inciso III do mesmo artigo e diploma, nos demais casos, estabelece uma publicação na imprensa oficial, e outras duas em jornal local, daí resulta que três são as publicações necessárias para a perfectibilidade do ato, em consonância, a propósito, com o princípio do contraditório.

111- A intimação pessoal de que trata o art. 267, § 1º do CPC é realizada por mandado, sob pena de nulidade, não admitida forma postal.

JUSTIFICATIVA: Dado o caráter pessoal da intimação em razão da relevância dos efeitos do ato processual praticado, ele deve ser realizado por oficial de justiça, conforme ensina Moniz de Aragão, “como é óbvio, por mandado” (Comentários, 9ª ed., Forense, p. 383).

112- A notificação extrajudicial realizada por cartório situado em outro estado da federação, nas ações fundadas em arrendamento mercantil e alienação fiduciária em garantia, desde que entregue no endereço do contrato com aviso de recebimento, é suficiente para comprovar a mora do devedor.

JUSTIFICATIVA: Relevante apenas que a mora esteja comprovada, o que se perfaz com a entrega da carta no endereço do contrato, acompanhada do aviso de recebimento.

113- Citados todos os devedores solidários no processo cognitivo, aquele que satisfizer a dívida comum poderá regredir, nos próprios autos, contra os demais, ainda que não requerido o chamamento ao processo.

JUSTIFICATIVA: O devedor solidário, que satisfaz a dívida comum, sub-roga-se nos direitos do credor (art. 346, inciso III do Código Civil) e dispõe de legitimação executiva (art. 567, III do CPC), na condição de sub-rogado, para exercer o direito reversivo contra os demais, nos próprios autos.

114- A pretensão revisional de título executivo extrajudicial, que importe em simples redução do crédito exequendo, não retira sua liquidez.

JUSTIFICATIVA: A alteração do *quantum debeatur* que resulta na diminuição do valor devido ao credor, simplesmente significa o reconhecimento do excesso de execução, do que se infere não tornar ilíquido o título executivo, permitida àquele a cobrança executiva da diferença.

115- Mero inconformismo com a conclusão da prova pericial não autoriza sua repetição.

JUSTIFICATIVA: Se o laudo é conclusivo e motivado, necessariamente importará em prejuízo para uma das partes e este, de *persi*, não constitui motivo suficiente para a reedição da prova.

116- A decisão que indefere a produção de determinada prova só será reformada se teratológica ou se sua realização for evidentemente necessária.

JUSTIFICATIVA: Os arts. 125 e 130 do CPC atribuem ao juiz de 1º grau a direção do processo, inclusive a instrução, porquanto ele é o destinatário da prova. Na medida em que “provas necessárias” e “diligências inúteis ou meramente protelatórias” configuram conceitos jurídicos indeterminados, caso em que o aplicador da norma dispõe de ampla liberdade na missão de concretizá-los, somente diante de situações teratológicas ou em casos de absoluta evidência da necessidade da prova a decisão será reformada.

117- A decisão que disponha sobre o efeito suspensivo atribuível à impugnação ao cumprimento da sentença e aos embargos à execução só será reformada se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos.

JUSTIFICATIVA: Na esteira dos verbetes 58 e 59 da Súmula deste Tribunal, na medida em que o pronunciamento sobre aquele efeito corresponde à concretização de conceitos legais indeterminados, caso em que o aplicador da norma desfruta de ampla liberdade ao efetuar aquela operação, somente diante de teratologia, ilegalidade ou prova contrária a decisão será passível de reforma.

118- A não-realização do depósito no termo estabelecido, em caso de penhora de receita, importará na extinção dos embargos à execução ou da impugnação ao cumprimento da sentença.

JUSTIFICATIVA: Na forma do verbete nº 119 da Súmula deste Tribunal, a garantia da execução, deferida penhora de receita, efetiva-se com sua decretação. No entanto, ela está sujeita a uma condição resolutiva que se implementa com a omissão do devedor

em não efetivar o depósito, advindo as consequências estabelecidas no enunciado.

119- O cadastramento do magistrado no Sistema BACEN-JUD para o fim de penhora *on line* é obrigatório se determinado por decisão judicial emanada de órgão superior.

JUSTIFICATIVA: Na medida em que constitui princípio constitucional a razoável duração do tempo do processo e a adoção dos meios pertinentes à sua concretização, não viola a independência do magistrado a determinação de fazê-lo cumprir decisão judicial emanada de órgão superior, consistente na efetivação da penhora *on line*, através de sua inscrição no Sistema BACEN-JUD.

120- A decretação da penhora *on line* é facultativa e o juiz não está obrigado a cadastrá-la no Sistema BACEN-JUD.

JUSTIFICATIVA: Dado o caráter de faculdade do convênio com o Bacen e não configurar aquela constrição medida obrigatória, daí resulta não constituir dever funcional do magistrado inscrever-se naquele sistema, ainda que em decorrência de cumprimento de julgado emanado de órgão superior.

121- Cabível penhora sobre as verbas previstas no art. 649, inciso IV do CPC, desde que garantido o mínimo existencial do devedor.

JUSTIFICATIVA: Não obstante o voto presidencial ao art. 649, § 3º do CPC, o qual permitiria constrição de até 40% de renda que sobejasse 20 salários mínimos, a jurisprudência vem admitindo a constrição, desde que assegurado aquele mínimo, em atenção ao interesse do credor e sua forma mais onerosa em relação ao devedor.

122- Incabível penhora sobre as verbas previstas no art. 649, inciso IV do CPC, ainda que garantido o mínimo existencial do devedor.

JUSTIFICATIVA: O voto presidencial ao art. 649, § 3º do CPC, o qual permitiria constrição de até 40% de renda que sobejasse 20 salários mínimos, representou uma opção política de ordem legislativa que o Judiciário, não obstante o alargamento de suas

funções, é obrigado a observar. A proposição rejeitada só pode ser discutida *de lege ferenda*, jamais *de lege lata*.

123- Medidas de apoio tendentes ao cumprimento da tutela específica podem ser decretadas ou modificadas, de ofício, pelo Tribunal.

JUSTIFICATIVA: A lei prevê a adoção de medidas de apoio tendentes à efetivação das tutelas específicas relativas às obrigações de dar, fazer e não fazer e permitem sua aplicação ou modificação, de ofício, pelo juiz (art. 461, §§ 4º e 5º e art. 461-A, § 3º, todos do CPC). Logo, por questão de simetria, tal poder se devolve ao Tribunal, igualmente *ex officio*.

124- O valor da causa na denunciação da lide fundada em contrato de seguro corresponde à extensão do exercício do direito de regresso, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o valor da apólice.

JUSTIFICATIVA: Muitas vezes o autor, na ação principal, formula pedido muito acima do pretendido pelo denunciante na ação regressiva ou do valor da apólice, além do fato de que nem sempre o direito reversivo é tão extenso quanto o da ação originária. De outro lado, visto que a não-propositura da denunciação da lide não importa em perda do direito de regresso, salvo no caso de evicção, senão apenas do exercício antecipado daquele, cabe ao denunciante avaliar os riscos e as vantagens daquele ajuizamento e arcar com os ônus correspondentes, razão por que incabível, também, a fixação do valor da causa no mínimo legal, com vistas a diminuir o recolhimento das despesas pertinentes.

125- A reiterada e desditosa interposição de recursos em ações análogas repetidas, recorrente o réu vencido, em princípio configura litigância de má-fé.

JUSTIFICATIVA: Segundo o disposto no art. 17, inciso VII do CPC, reputa-se litigante de má-fé aquele que interpuser recurso com intuito meramente protelatório. A experiência tem mostrado ser mais evidente essa conduta nas demandas afins e repetitivas, o

que permite a dedução de que tal comportamento visa a protelar o resultado final do processo e caracteriza conduta ímpresa. Assim, se a pretensão recursal for repelida, perfeitamente aplicável a cominação pertinente.

126- A litigância recursal de má-fé pode ensejar à parte ímpresa condenação imposta, de ofício, em até 41% do valor da causa.

JUSTIFICATIVA: O resultado constante do verbete decorre da soma das possibilidades de condenação aplicada ao litigante ímpreso, estabelecidas pelos art. 18, *caput* e § 2º, art. 538, p. único e art. 557, § 2º, todos do CPC. Com efeito, o *caput* do art. 18 prevê multa de 1% e seu § 2º indenização de 20% sobre o valor da causa para o litigante de má-fé. De seu turno, o art. 538, p. único, em caso de embargos protelatórios, prescreve multa de 1% e, havendo reiteração do comportamento, ela pode ser elevada até 10%. Ademais, o agravo interno manifestamente inadmissível ou infundado permite ao colegiado aplicar ao agravante multa de 10% incidente sobre o valor da causa. Somados os percentuais, a condenação de ofício pela litigância de má-fé pode ascender a 41% do valor da causa, sem prejuízo de o credor liquidar prejuízos porventura de maior monta.

127- A pena de litigância de má-fé pode ser decretada de ofício nas decisões monocráticas proferidas com base no art. 557, *caput*, do CPC.

JUSTIFICATIVA: Conquanto o *caput* do art. 18 do CPC só aluda a Tribunal e pareça entrever que somente decisão do colegiado possa impor a multa, a interpretação restritiva não se compadece com o alargamento da responsabilidade que a legislação processual atribuiu ao relator, até porque a redação daquela disposição é anterior à estabelecida para o art. 557 do mesmo estatuto.

128- A partir da vigência da Emenda Constitucional nº 19/98, o adicional de insalubridade, para servidor público estadual e municipal, só poderá ser reconhecido judicialmente, se e quando houver, expressamente, autorização legal.

JUSTIFICATIVA: O adicional de insalubridade constitui um dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal), o qual, por força do § 3º do art. 39 da mesma Lei Fundamental, foi estendido, dentre outros direitos, para o servidor público. Contudo, a partir da emenda antes referida, que deu nova redação ao parágrafo, tal direito foi suprimido, de sorte que somente diante de expressa previsão legal o benefício pode ser reconhecido pela via judicial, porquanto sua concessão passou a ser critério de conveniência e oportunidade de cada administração.

129- Governador de Estado, Secretários de Estado, Prefeitos e Secretários Municipais não são autoridades coatoras nas ações mandamentais em que se postula revisão de pensão previdenciária.

JUSTIFICATIVA: O ato de rever a pensão é da competência dos presidentes das autarquias previdenciárias, as quais dispõem de autonomia administrativa e financeira.

130- A multa administrativa de caráter não-tributário prescreve em cinco anos.

JUSTIFICATIVA: Aquela sanção não se reveste de natureza tributária, razão por que inaplicável o CTN. De outro lado, o Código Civil não incide, porquanto regula relações de natureza eminentemente privada. Destarte, aplica-se o Decreto nº 20.910/32, na medida em que prevê prescrição quinquenal em favor da Fazenda Pública, de modo que igual prazo deve contra ela correr, dada ausência de norma específica a reger a matéria e o princípio da isonomia.

131- O prazo prescricional durante o estudo do reconhecimento ou pagamento da dívida da Fazenda Pública só deixa de fluir se tempestiva a reclamação administrativa.

JUSTIFICATIVA: Segundo o disposto no art. 4º, do Decreto nº 20.910/32, o prazo prescricional contra a Fazenda Pública não corre durante o estudo do pagamento da dívida. Contudo, o art. 6º do mesmo diploma estabelece em um ano o prazo para a dedução da reclamação administrativa. A interpretação sistemática das duas disposições conduz à conclusão de que ocorre o obstáculo

à fluênci a do prazo somente se a reclamação administrativa for tempestiva, isto é, apresentada em até um ano contado da data da lesão de direito.

132- Prescrita a pretensão contra a Fazenda Pública, mas reconhecido, em sede administrativa, o direito do administrado, o ato corresponde à renúncia da prescrição.

JUSTIFICATIVA: Na medida em que a Administração pode rever os seus atos (verbete 473 da Súmula do STF), o deferimento de pleito administrativo prescrito equivale à renúncia da prescrição.

133- O art. 1º-F da Lei n º 9.494/97 permanece em vigor, mesmo após a vigência do Código Civil de 2002.

JUSTIFICATIVA: Cuida-se de mera aplicação do princípio da especialidade. O simples fato de o diploma substantivo atual estabelecer percentual superior de juros, não significa que sua aplicação se estenda à Fazenda Pública, a quem se aplicam regras próprias.

134- O art. 1º-D da Lei n º 9.494/97 somente se aplica às hipóteses em que a Fazenda Pública for devedora.

JUSTIFICATIVA: A disposição isenta a Fazenda Pública do pagamento de verba honorária nas execuções não embargadas. As normas constantes daquele diploma legal se referem àquele ente, quando está no pólo passivo da relação processual. Interpretação sistemática, portanto, conduz à conclusão de que incide verba honorária quando a Fazenda Pública for credora.

135- O PROCON tem competência para aplicar sanções de caráter administrativo, por ofensa aos direitos dos consumidores.

JUSTIFICATIVA: Referida competência emerge do art. 56 do CDC e dos art. 3º, 4º e 5º do Decreto n º 2.181/97, os quais atribuem a qualquer entidade da Administração Pública o poder de apurar e punir infrações referentes à legislação das relações de consumo.

136- A revisão de pensão previdenciária deve ser estabelecida em moeda corrente.

JUSTIFICATIVA: Deste modo, em atenção aos princípios da efetividade e da celeridade do processo, evita-se a liquidação, com vistas a determinar quais parcelas, anteriormente percebidas pelo segurado, tinham caráter transitório e não podiam integrar a pensão.

137- A pensão especial estabelecida pela Lei estadual nº 7.301/73 tem natureza securitária e não pode ser equiparada à previdenciária, prevista no art. 40, §§ 7º e 8º da Constituição Federal, com a redação estabelecida pela Emenda Constitucional nº 20/98.

JUSTIFICATIVA: Na medida em que a pensão especial prevista na lei estadual antes aludida tem natureza contratual e securitária, não pode receber idêntico tratamento ao atribuído à pensão previdenciária, cujos pressupostos são diversos. Por aí se vê que sua disciplina é a estabelecida pelo art. 202, da CF.

138- A parcela denominada Encargos Especiais SJU integra a pensão previdenciária.

JUSTIFICATIVA: Dado seu caráter remuneratório e os termos do art. 13 da Lei nº 285/79, referida parcela, porquanto seria percebida pelo paradigma, deve integrar a pensão.

139- A parcela denominada Gratificação de Insalubridade não integra a pensão previdenciária.

JUSTIFICATIVA: Na medida em que ostenta caráter de gratificação e depende de efetivo exercício da função na Secretaria de Justiça, ela não se integra à remuneração, do que decorre sua não-inclusão na pensão previdenciária.

140- Auxílio moradia percebido por policial militar não integra a pensão previdenciária.

JUSTIFICATIVA: Referida gratificação tem caráter transitório e, por tal razão, não é considerada pela lei de regência como parte do vencimento-base (art. 13 da Lei nº 285/79), daí por que não pode integrar a pensão.

141- A contribuição compulsória para assistência à saúde dos servidores públicos do Município de São Gonçalo, instituída em 1990 e extinta em 2006, é insuscetível de restituição e sua criação e extinção não configuram dano moral.

JUSTIFICATIVA: O valor módico da contribuição foi aplicado na manutenção dos serviços médicos, disponibilizados e efetivamente utilizados pelos servidores, tanto que se tornou deficitário e resultou na extinção. De outro lado, a cobrança de valor irrisório configura mero aborrecimento, uma vez que *de minimis lex non curat*.

142- A contratação temporária de terceiros não-participantes de concurso público para o preenchimento de vagas ou comportamento de igual conteúdo, havendo candidatos aguardando ordem de classificação a ser observada, constitui desvio de finalidade que eleva a mera expectativa ao grau de direito subjetivo à nomeação.

JUSTIFICATIVA: Conquanto o ato de nomeação seja discricionário, inovável a aplicação dos princípios da moralidade e da razoabilidade, como métodos de controle judicial, no sentido de coibir certos desmandos administrativos, sem implicar em afronta à independência dos poderes.

143- A renovação da carteira nacional de habilitação, desde que demonstrada a expedição da anterior, não pode ser impedida em virtude da não-localização do nome do condutor nos cadastros do Detran, sendo cabível a concessão da antecipação da tutela para permitir a deflagração do processo administrativo.

JUSTIFICATIVA: A comprovação da habilitação anterior, através de documento anexado aos autos, demonstra que ela já existia, e a hipótese é de mera renovação, daí por que inexigível submeter o condutor a procedimento de primeira habilitação. Além disso, admissível antecipação da tutela em razão dos transtornos impostos pela vida moderna ao motorista indevidamente impedido de conduzir veículos.

144- A indevida inscrição de contribuinte em dívida ativa configura dano moral.

JUSTIFICATIVA: A responsabilidade estatal é objetiva (art. 37, § 6º da CF). De outro lado, o cadastro da dívida ativa produz efeitos similares aos do SERASA e SPC, de sorte que a inscrição realizada de forma indevida atinge a dignidade do contribuinte e configura dano moral.

145- A verba honorária deve ser paga através de precatório, se o principal devido pela Fazenda Pública exceder os valores estabelecidos pelo art. 87 do ADCT.

JUSTIFICATIVA: Ainda que os honorários sejam de pequeno valor e constituam direito autônomo do advogado, na medida em que o pagamento do principal exige a observância do precatório, segue-se igual tratamento em relação àquela verba, dado que incabível o fracionamento da execução (art. 100, § 4º, da CF).

146- Na regulamentação da visita de criança de tenra idade, em princípio deve ser evitado o pernoite.

JUSTIFICATIVA: A tenra idade do menor exige maiores cuidados com a manutenção de sua rotina, especialmente na hora do sono noturno.

147- Eventual descumprimento de obrigações assumidas com a separação e a inocorrência de partilha não configuram causas impenitivas da conversão em divórcio.

JUSTIFICATIVA: Desde o advento da CF de 1988, o único requisito exigido para a conversão em divórcio é o decurso do prazo de separação, o que restou consolidado com o Código Civil de 2002 (art. 1.580, *caput*, e 1.581).

148- Bem de família, conquanto impenhorável, pode ser alienado, sem caracterizar fraude à execução.

JUSTIFICATIVA: Se o bem não pode responder pela dívida, ainda que reconhecida a ineficácia da alienação, a consequência de ordem prática é o retorno ao *statu quo ante*, permanecendo a impenhorabilidade, de sorte que a alienação do bem de família é possível, sem que a realização deste ato jurídico implique em fraude à execução.

149- Para garantia da execução da prestação alimentícia, cabível, em tese, a retenção da parcela do FGTS devido ao alimentante no percentual correspondente ao pensionamento.

JUSTIFICATIVA: Malgrado o FGTS tenha natureza de verba indenizatória, a retenção constitui mera garantia da execução, a qual poderá ser liberada em caso de adimplemento do alimentante.

150- Insere-se entre os poderes instrutórios do juiz a expedição de ofícios à Receita Federal e às instituições financeiras para exame das possibilidades do alimentante.

JUSTIFICATIVA: Não há violação de sigilo fiscal e tributário, por quanto a medida emana de ato judicial autorizado por lei. Ademais, muitas vezes o provedor não tem vínculo empregatício, o que dificulta sobremaneira a apuração de seus ganhos, o que só será possível com a adoção daquelas providências.

151- A pensão alimentícia incide sobre a verba referente à participação nos lucros e resultados da empresa.

JUSTIFICATIVA: A incidência resulta do caráter remuneratório daquela verba.

152- A pensão alimentícia não incide sobre a verba referente à participação nos lucros e resultados da empresa.

JUSTIFICATIVA: A não-incidência resulta do caráter indenizatório daquela verba.

153- O adicional de férias e o 13º salário integram a base de cálculo da pensão alimentícia quando fixada em percentual de remuneração do alimentante.

JUSTIFICATIVA: Conforme consta do RESP n° 815.041-RS, dada a natureza remuneratória daquelas verbas, a questão constitui jurisprudência firmada pelas Terceira e Quarta Turmas do STJ.

154- A sentença de improcedência do pedido de alimentos ou de redução do que veio a ser fixado provisoriamente torna insubsistente a obrigação de pagar o crédito resultante da decisão que antecipou a tutela.

JUSTIFICATIVA: A sentença possui efeito substitutivo à antecipação da tutela, de sorte que esta deixa de subsistir (art. 273, § 3º, do CPC). De outro lado, o pagamento do crédito em desacordo com a sentença afronta proibição do enriquecimento sem causa.

155- A sentença de improcedência do pedido de alimentos ou de redução do que veio a ser fixado provisoriamente não torna insubstancial a obrigação de pagar o crédito resultante da decisão que antecipou a tutela.

JUSTIFICATIVA: A decisão que fixa os provisórios produz efeitos e integra o patrimônio do alimentando, de sorte que pronunciamento ulterior, que o exclua ou reduza não suprime o crédito resultante dos atrasados.

156- A isenção estabelecida pelo art. 115, *caput*, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, beneficia os entes públicos quando agem na condição de autores, mas na qualidade de réus, devem recolher a taxa judiciária ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não a houver antecipado.

JUSTIFICATIVA: A outorga de isenção é interpretada literalmente (art. 111, inciso II, do CTN), não sendo possível interpretação extensiva ou integração analógica. Dado que a isenção prevista na norma estadual, estabelecida em favor dos entes públicos, se limita à condição de demandantes, não pode ser ampliada, a impor o respectivo pagamento.

157- O lançamento do IPTU se realiza com a simples notificação do contribuinte através da remessa do carnê de pagamento, que se presume, fluindo o prazo prescricional a partir do respectivo exercício tributário.

JUSTIFICATIVA: O lançamento do IPTU é realizado, de ofício, pela autoridade administrativa. Efetiva-se com o envio do carnê de pagamento ao contribuinte. A entrega se considera feita, em face da presunção de legitimidade do ato administrativo. O prazo prescricional flui de então, e seu início coincide com o exercício tributário, na medida em que ele se conta da constituição definitiva do crédito tributário (art. 142 e 174, do CTN).

158- Atividade comercial não enseja ao contribuinte direito ao creditamento do ICMS pago na aquisição de energia elétrica.

JUSTIFICATIVA: Em razão do disposto em lei complementar, somente é possível o creditamento quando a energia elétrica é consumida exclusivamente no processo de industrialização, incabível aquele, tratando-se de atividade comercial.

159- O ajuizamento da execução fiscal não impede a propositura da ação anulatória de lançamento.

JUSTIFICATIVA: Referido entendimento resulta do disposto no art. 38, *caput*, da Lei nº 6.830/80, que permite tal aforamento, e de interpretação a *contrario sensu* do disposto no art. 585, § 1º do CPC.

160- O índice de correção monetária das condenações em processos judiciais é o INPC.

JUSTIFICATIVA: O índice da UFIR sofre correção anual, ao passo que o INPC é corrigido mensalmente. Adotada a UFIR, as somas pagas em prazo inferior a um ano não sofreriam correção, importando em perda para o credor e enriquecimento sem causa do devedor, além de incentivar o não-pagamento, diferentemente do INPC que, além de estimular o adimplemento, repõe, por completo, as perdas inflacionárias.

161- A partir da vigência do Código Civil de 2002, o percentual de juros e o índice de correção monetária são estabelecidos pela taxa SELIC.

JUSTIFICATIVA: Jurisprudência do STJ tem considerado a taxa SELIC como índice de juros e correção, uma vez que já inclui a correção e fixa o percentual de juros, a impor a revogação do verbete nº 95 da Súmula deste Tribunal.

162- Os juros moratórios na ação monitória fluem a partir da citação.

JUSTIFICATIVA: Os documentos que justificam a monitória, na expressão cunhada por Sergio Bermudes, constituem títulos paraexe-

cutivos, que não se revestem de certeza, daí a fluênciados juros a partir da citação.

163- Incidem juros sobre custas e honorários.

JUSTIFICATIVA: Dado que os ônus sucumbenciais estão incluídos na condenação e esta sofre a incidência de juros e correção, idêntico tratamento aqueles devem receber.

164- O proprietário, comodante de veículo automotor, não responde solidariamente pelo evento danoso causado pelo comodatário, salvo em caso de culpa ou relação de preposição.

JUSTIFICATIVA: O simples empréstimo não enseja solidariedade para o dono do veículo, porquanto aquela não se presume, e a responsabilidade não é objetiva por falta de previsão legal, uma vez que, em regra, o dever secundário repousa na culpa e nos casos expressamente previstos de relação de subordinação.

165- O proprietário, comodante de veículo automotor, responde solidariamente com o comodatário pelo evento danoso por este causado.

JUSTIFICATIVA: Presume-se a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do comodante, daí emergir a responsabilidade solidária.

166- O termo inicial do benefício acidentário flui da prova pericial produzida em juízo ou de seu reconhecimento, em sede administrativa, pela autarquia previdenciária.

JUSTIFICATIVA: Se o INSS não reconhecer o direito em sede administrativa, iterativa jurisprudência estabelece como marco inicial do benefício acidentário a data do laudo pericial produzido em juízo, porquanto, neste momento, se constata a incapacidade do obreiro.

167- O valor do auxílio-acidente inferior a um salário mínimo não contrasta com a Constituição Federal.

JUSTIFICATIVA: Consoante jurisprudência pacífica, o que não pode ficar estabelecido aquém do salário mínimo é o salário de benefício, o qual é integrado pelo auxílio-acidente.

168- Compete à Justiça Estadual o julgamento de ações relativas ao pagamento do auxílio cesta básica, de natureza remuneratória, a ser paga pela PREVI aos funcionários inativos do Banco do Brasil.

JUSTIFICATIVA: A relação é de natureza civil. De outro lado, por não constituir prestação paga *in natura*, o auxílio deve integrar a complementação de aposentadoria em decorrência do princípio da isonomia entre ativos e inativos.

169- A tentativa de ocultação do devedor na execução e o encerramento irregular de suas atividades empresariais constituem motivos suficientes para o reconhecimento do desvio de finalidade e a decretação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

JUSTIFICATIVA: Conquanto recomendável o comedimento na aplicação da teoria do superamento, tais motivos são suficientes para a caracterização do desvio de finalidade - conceito jurídico indeterminado - e, consequentemente, a decretação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, uma vez que denotam o desejo de frustrar a execução e deturpam o entendimento acerca da teoria da personificação.

170- A ausência de duplicata não aceita e retida pelo sacado, para fim de execução, pode ser suprida pela apresentação de notas fiscais, que atestem entrega da mercadoria ou a prestação do serviço, e pelo protesto.

JUSTIFICATIVA: Iterativa jurisprudência do STJ tem admitido que, nesta hipótese, o título de crédito é suprido pelo protesto e pela nota fiscal.

Após esgotar a paciência do leitor com numerosos verbetes, como os juízes têm se esgotado com essa jurisdição maçante e massificada, conseguiu-se chegar ao fim, obviamente desprendido do rigor gramatical, da essência dos filólogos, referidos por Goethe a um de seus personagens: “faz questão da mais insignificante vírgula, nenhuma conjunção pode ser omitida, e é inimigo de mor-

te de toda e qualquer inversão...” (Werther, Martin Claret, p. 62), cumpre acrescentar que o exame e a deliberação acerca desses enunciados configuram interesse comum, um processo de participação e de decisão coletivas.

Por conseguinte, não há malevolência capaz de subsistir, pois o êxito da idéia não tem um *eu*, mas um *nós*, o que também pode ser traduzido por um *co-laborare*. E mesmo a idéia não é nova, se não constitui *anseio antigo* manifestado por vários *magistrados*.

Além da vantagem da segurança proporcionada aos jurisdicionados, pode ser essa uma saída *menos onerosa para o erário*, mais racional e de fácil efetivação, para reduzir, no interesse daqueles que só buscam a praticidade das medidas, a distribuição.

Basta, então, que haja propósito de entendimento em benefício de todos.

Quer também significar ser imprescindível que os juízes de 1º grau tenham parte no processo formador da jurisprudência, inclusive com o propósito de diminuir o fosso, sob vários aspectos, hoje existente entre as duas instâncias.

De fato, os ares democráticos respirados, ultimamente, pelo Judiciário fluminense, especialmente com a “Queda da Bastilha”, ocorrida em histórica sessão do Tribunal Pleno, na qual se deliberou, dentre outras questões, quanto à avocação de qualquer matéria de competência do Órgão Especial, impelem para uma *inexorável e decisiva participação dos juízes de 1º grau na criação do direito pretoriano*.

Na esteira do resgate por parte do Tribunal Pleno delegante de matérias anteriormente outorgadas ao Órgão Especial, delegatário da maioria, a mesma atmosfera de contexto de partilha de poder deve abranger também os juízes de 1º grau.

Na verdade, sua não-inclusão caracterizará deliberação autárquica e equivocada decisão de desperdiçar talentos, razão por que, observados certos critérios de especialidade, é recomendável que aqueles tenham assento na composição do CEDES, até porque alguns enunciados antes relacionados foram obtidos através de sugestões deles, especialmente na área de família.

Por outro lado, a matéria ora exposta não há de ser debatida no âmbito restrito da gestão judiciária deste Estado. Merece espraiar-se. Os Tribunais Superiores encontraram sua solução para o excesso de acervo de demandas destituídas de complexidade.

Resta aos Tribunais Estaduais a mesma postura de preservação intelectual, assoberbado que está na solução de numerosas questões de menor profundidade, para que possa dedicar-se ao que deles, efetivamente, deve ser exigido, prestando uma jurisdição de melhor qualidade.

De fato, é inconcebível que a quantidade de processos similares impeça o magistrado de pensar de forma mais elevada, de realizar outras reflexões e tenha seu tempo intelectual reduzido a uma mesmice, a um lugar-comum não digno de sua nobre missão.

Isso induz a um tipo de raciocínio gregário, mecânico, sem criatividade, porquanto não há mais o que criar no continuamente repetido, o que, inevitavelmente, leva a um exame menos cuidadoso, a uma desatenção em virtude do suposto domínio absoluto que se tem sobre o tema discutido e tanto reiterado.

Neste diapasão se insere o enxame de demandas e recursos repetidos, *claramente improcedentes*, nos quais está imanente o pedido de gratuidade de justiça com evidente prejuízo para o Fundo Especial deste Tribunal (digno de preservação, responsabilidade e preocupação permanentes de todos os magistrados) e, por consequência, também para a coletividade, porquanto o art. 12 da Lei nº 1.060/50 representa um porto seguro para o demandismo e um descompromisso com o pagamento dos ônus sucumbenciais.

Impõe-se, por conseguinte, a prescrição de um método contra esta forma de oportunismo processual e cabe, no mínimo, indagar a quem o comportamento aproveita.

A Súmula deste Tribunal, no verbete 101, estabelece que “a gratuidade de justiça não abrange o valor devido em condenação por litigância de má-fé”.

A preocupação em assegurar o exercício do direito de ação tem limites, não pode chegar ao ponto de permitir o abuso da garantia do acesso à justiça, cujo controle está a merecer exa-

me mais acurado e, porventura, aplicação menos parcimoniosa do enunciado transcrito de *eficácia meramente proverbial*.

Assim, todas essas questões freqüentemente reeditadas têm de ser removidas da ordem do dia, a fim de que se permita um espaço de pensamento novo e altaneiro, e isso só será possível com a enunciação de verbetes específicos, constantes e sistemáticos, *de modo tal que as matérias recidivantes cessem de repetir*.

Se não implantada esta *nova cultura de administração jurisdicional*, o que, certamente, constituirá *marca de modernidade*, o magistrado estadual corre o risco de se tornar aquele erudito excessivamente especializado, sem visão de conjunto, a que alude Schopenhauer, exclusivo de uma área, “análogo ao operário que, ao longo da vida, não faz nada além de mover determinada alavanca, ou gancho, ou manivela, em determinado instrumento ou máquina, de modo a conquistar um inacreditável virtuosismo nessa atividade.” (A arte de escrever, “Sobre a erudição e os eruditos”, p. 30/31).

Eis o que se submete ao Judiciário brasileiro estadual na feliz expressão cunhada por Nietzsche, como *meditatio generis futuri*.

Adoção Dirigida (Vantagens e Desvantagens)

Rodrigo Faria de Souza

Juiz de Direito da 2ª Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Nilópolis - RJ.

A genitora que não quer ou não pode cuidar do seu filho recém-nascido e pretende doá-lo tem o direito de escolher o seu futuro? Tem o direito de doá-lo a quem desejar ou deve se submeter à decisão do Poder Judiciário?

A questão, pouco debatida na doutrina, possui extrema importância, pois de acordo com o posicionamento a ser adotado se decide qual será a família substituta responsável pelo futuro de uma criança.

A adoção dirigida ou direcionada ou **intuitu personae** é aquela decorrente de ato no qual a(os) genitora(es), por não desejar(em) ou não possuir(em) condições financeiras e/ou emocionais de cuidar do seu filho, opta(m) por doá-lo a um terceiro (sem observar o cadastro de adotantes previsto no art. 50 do ECA), que passa a exercer a guarda de fato da criança e, posteriormente, requer a sua adoção.

Em regra, esta adoção ocorre quando uma mulher que irá dar à luz revela a pessoas conhecidas que não tem condições de criar e educar o filho, e que pretende dá-lo a quem tiver mais condições. Por interpostas pessoas ou diretamente, um casal manifesta o desejo de adotar, e não raro passa a dar assistência para que aquele parto seja bem sucedido. Nascida a criança, a mãe a entrega ao casal adotante que, após exercer a guarda de fato por determinado período, ajuíza ação de adoção com o consentimento expresso da genitora, pleiteando antecipação de tutela para obtenção da guarda provisória.

Não se trata, portanto, das hipóteses em que a genitora abandona o recém-nascido em local ermo e sem a proteção de qualquer pessoa, conduta esta que configura a prática do delito previsto no art. 133 do Código Penal. Neste caso não há de se falar em adoção dirigida, mas sim em abandono, conduta que possibilita a destituição do poder familiar (art. 1.638, II do Código Civil) e a consequente colocação do menor em família substituta.

Na adoção dirigida não há conduta criminosa, uma vez que a integridade física e a vida da criança não são expostas ao perigo. Não há, tecnicamente, abandono, mas sim a entrega do menor a um terceiro que os pais acreditam ser capaz de cuidar mais adequadamente do menor e lhe oferecer condições superiores a eles.

Diversas são as razões que fazem os genitores tomarem tal atitude. Muitas vezes, em casos extremos de pobreza, os pais vêm em outrem a oportunidade de oferecer a seu filho uma vida mais digna. Outras vezes, por não possuírem o equilíbrio psíquico-emocional adequado, permitem que um terceiro assuma a guarda de fato da criança. A gravidez indesejada também caracteriza uma das causas da adoção supramencionada.

Preambularmente, faz-se mister reconhecer que tal conduta não é ilegal, uma vez que não há qualquer norma, seja constitucional ou infraconstitucional, que vede expressamente tal comportamento.

No entanto, embora não seja ilegal, há de se avaliar se a adoção dirigida observa o princípio do melhor interesse da criança, consagrado em nossa Constituição no art. 227 e corroborado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

Deve o Poder Judiciário legitimar tal comportamento, respeitando-se a vontade dos pais biológicos, ou cabe ao Estado, nestes casos, decidir sobre o futuro da criança, desprezando-se a manifestação de vontade dos genitores? Para solucionar tal questão, é necessário analisar as vantagens e desvantagens de se admitir a adoção dirigida.

Observar a vontade dos pais muitas vezes pode ser benéfico ao menor, eis que não raro os genitores concordam em entregar

a prole desde que seja tão-somente para pessoas conhecidas, nas quais eles confiam, e crêem que oferecerão à mesma um futuro melhor. Se forem desconhecidas (observando-se o cadastro de adotantes), os genitores muitas vezes não a entregariam, o que acarretaria prejuízos ao seu futuro, eis que poderia passar a viver com uma família que a rejeita e/ou que não possui condições financeiras ou emocionais para cuidar da criança.

Além disso, considerar a vontade dos pais diminui a possibilidade de conflitos futuros, exatamente em razão da relação de confiança e, muitas vezes, de amizade, existente entre os pais e aqueles que assumem a guarda de fato do menor.

Algumas decisões judiciais consagram a adoção dirigida, considerando que a vontade dos pais deve ser respeitada:

“A ordem cronológica do art. 50 do ECA, comporta flexibilidade, quando dois casais, em igualdade de condições, disputam a adoção de menor, especialmente em caso de chamada “adoção dirigida”, em que a mãe escolhe os adotantes, desde já, entregando-lhes o filho, confiada na melhor guarda e no futuro da criança, que pretende proteger, para que tenha um futuro garantido, e não venha a sofrer como ela as vicissitudes da vida, madrasta para mãe e para seus outros filhos. Agora, quer proteger a sua cria e nada impede que assim o faça.” (TJRS - AI 598023919 - RS - 8^a C.Cív. - Rel. Des. Roque Miguel Fank - J. 26.03.1998)

*“Apelação Cível. Adoção. Tendo a genitora da menor entregue sua filha em adoção a um casal determinado (Adoção **Intuitu Personae**), não se pode desconsiderar tal vontade, em razão da existência de listagem de casais cadastrados para adotar. A lista serve para organizar a ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes, não podendo ser mais importante que o ato da adoção em si. Desproveram. Unâime.”* (Segredo de Justiça) (Apelação Cível nº 70006597223, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/08/2003).

Por outro lado, a adoção dirigida frustra as expectativas dos casais previamente habilitados, que se submeteram a diversos estudos que atestaram suas aptidões a adotar, bem como desestimula a habilitação de eventuais interessados, uma vez que concede recém-nascidos (aqueles que são mais desejados pelos adotantes) a pessoas que não manifestaram previamente o seu desejo perante o Poder Judiciário; burla-se o intuito do legislador ao consagrar o disposto no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre o cadastro de crianças e adolescentes disponíveis para adoção, bem como sobre o cadastro de adotantes, pessoas estas que são inseridas em tal cadastro após prévio processo judicial (processo de habilitação à adoção), em que são submetidas a estudos sociais, psicológicos e visitas domiciliares, depois de manifestações favoráveis da equipe técnica do Juízo e do órgão do Ministério Público.

Como se não bastasse, a adoção dirigida possibilita o risco de se entregarem menores a pessoas despreparadas, não se podendo olvidar que a decisão de adotar uma criança não pode ser tomada de inopino, devendo ser muito bem analisada e discutida pelo casal, até porque um futuro arrependimento pode acarretar gravíssimas consequências para o menor. A prévia orientação através de entrevistas com assistentes técnicos e psicólogos serve exatamente para que algumas dúvidas sejam esclarecidas e para que o adotante chegue a uma conclusão firme, segura e definitiva.

Certo é que não há no *caput* do art. 50, nem nos seus parágrafos, qualquer norma que obrigue o julgador a observar a ordem do cadastro de adotantes, mas tal omissão não permite que o magistrado não a observe, uma vez que não seria equânime conceder a adoção a um casal que se habilitou posteriormente ou, pior ainda, a um casal que sequer se habilitou. A vedação à inobservância da ordem do cadastro encontra-se indubitavelmente implícita.

Além disso, observar a vontade dos pais muitas vezes pode permitir ainda a comercialização dos menores, conduta criminosa prevista no art. 238 da Lei 8.069/90, e que, por suas características, é extremamente difícil de ser descoberta pelo Judiciário.

Logo, podem os pais, sob o pretexto de buscar o melhor para o futuro do seu filho, praticar conduta ilícita, obtendo vantagem

indevida e, posteriormente, pela dificuldade acima exposta, tal conduta ser corroborada pelo Poder Judiciário, ao conceder adoção àquele que agiu de má-fé, em flagrante ofensa a princípios básicos do Direito.

Segundo já se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a entrega do filho a terceiro deve ser interpretada como renúncia tácita ao poder familiar e, conseqüentemente, não mais se deve observar a vontade dos genitores, pois não mais lhes caberia o direito de cuidar da sua prole, passando ao Estado, através do Poder Judiciário, o poder-dever de, observando o cadastro de adotantes, escolher a família substituta mais adequada ao desenvolvimento psíquico do menor, em atenção ao princípio constitucional do melhor interesse da criança.

Oportuno trazer à baila a Ementa supramencionada:

“ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. MÃE QUE ENTREGOU A FILHA PARA TERCEIROS, COM A FINALIDADE DE PARTIR PARA OUTRO ESTADO AO LADO DO COMPANHEIRO QUE NÃO QUERIA A MENINA, DEMITIU-SE VOLUNTARIAMENTE DO PÁTRIO PODER, RELEGANDO A OUTREM O SEU DEVER DE MÃE QUANTO AOS CUIDADOS QUE A SI COMPETIAM. TAL CONDUTA CONFIGURA INDIRETA RENÚNCIA AO PÁTRIO PODER, QUE É CONDUTA ILÍCITA, ATINGIDA NA ÓRBITA CIVIL PELAS SANÇÕES DE SUSPENSÃO E DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. A POTESTADE DOS PAIS NÃO É INSTITUIDA NO INTERESSE DESTES, MAS NO INTERESSE DO FILHO, QUE DEVE SER PRESERVADO. RECURSO DESPROVIDO. (11 FLS).” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70000337345, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 22/03/00).

Em que pese não haver posicionamento jurisprudencial unísono acerca da matéria, conforme já demonstrado, pode-se constatar que, ao menos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, prevalece o entendimento de que a adoção dirigida não deve ser, em regra, acolhida, devendo, *a priori*, prevalecer a ordem do cadastro de adotantes.

Tal entendimento já foi inclusive consagrado no 1º Encontro dos Juízes da Infância e da Juventude do Tribunal do Rio Grande do Sul, oportunidade na qual os magistrados, de forma unânime, asseveraram: “Enunciado 10 - Em que pese não ser *a priori* ilegal, a adoção dirigida não é recomendável, devendo-se adotar cautelas quanto à legitimidade do consentimento materno, bem como promover, como regra, a observância do Cadastro de Pretendentes à adoção, inclusive advertindo e responsabilizando entidades e pessoas que promovam o agenciamento de crianças para adoção.”

As exceções ocorreriam nas hipóteses em que a situação do menor já esteja consolidada, havendo vínculo afetivo entre a criança e aqueles que exercem a sua guarda de fato.

“GUARDA. FORMA DE COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA PRECEDENTE À ADOÇÃO. PESSOA NÃO INTEGRANTE DA LISTA DE HABILITADOS À ADOÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO APENAS EM CASOS EXCEPCIONAIS. *Esta Câmara tem admitido, em situações de absoluta excepcionalidade, a chamada adoção *intuitu personae*, como se vê nos precedentes colacionados no parecer ministerial nesta instância. Entretanto, isso ocorre somente em situações onde se tem uma guarda de fato com vínculo já consolidado, o que não se dá no presente caso, como resulta evidente nos autos. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA.*” (Apelação Cível nº 70010315554, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 22/12/2004).

“AGRADO DE INSTRUMENTO. GUARDA PROVISÓRIA. OBSERVÂNCIA DA ORDEM DOS HABILITADOS PARA ADOÇÃO. Mesmo que os agravantes tenham todos os pressupostos exigidos para dar o ambiente familiar perfeito à criança abandonada, não pode ser desrespeitada a lista de habilitação existente no juizado. Existe a casa de passagem justamente para, com a maior celeridade possível, colocar a criança em um seio familiar adequado à sua proteção integral. É bem de ver que o julgador já determinou a colocação da criança em família substituta, obedecendo-se à lista de habilitados.

Verifica-se que no caso não se desenvolveu nenhuma relação de afetividade entre o casal agravante e a criança. NEGADO SEGUIMENTO.” (Agravo de Instrumento nº 70008477275, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/04/2004).

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar decisão monocrática que determinava a entrega do menor ao Juízo para proceder à concessão da guarda e posterior adoção em observância ao cadastro de adotantes, decidiu que não deveria ser respeitada a vontade materna, ainda que a genitora tenha posto seu filho sob a guarda de casal habilitado à adoção. No entanto, o referido Acórdão ressaltou que não havia, no caso, vínculo afetivo entre a criança e os pretendentes à adoção, em razão do pequeno espaço de tempo de convívio entre eles (menos de quatro meses):

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO. DEVOLUÇÃO DA CRIANÇA À MÃE. INOBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOTANTES.
Ainda que os agravantes estejam habilitados e o bebê lhes tenha sido entregue pela própria mãe (que concorda com a adoção), descabe a inobservância da ordem da lista de adotantes, a qual só se justifica em situações excepcionalíssimas não caracterizadas no caso, em que o vínculo afetivo consolidado não se evidencia. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido. Processo 70011921574. UNÂNIME.

Alegam os insurgentes que estão devidamente habilitados para adoção, conforme cópia do processo acostado aos autos. Informam que a criança nasceu em 24/04/2005, sendo que no mesmo dia a mãe biológica, por vontade própria, lhes entregou a menina. Sustentam que a manifestação de vontade da mãe biológica foi livre e com autenticidade certificada em Tabelionato. Noticiam que consta na declaração que a mãe renuncia ao poder familiar em favor de ambos os recorrentes, e, que ela está à disposição do juízo para ratificar os termos do instrumento.

Assinalam que o pai da criança é desconhecido, em face de omissão do nome na certidão de nascimento da infante, bem como que não existe investigação oficiosa de paternidade, visto que a mãe não conhece o pai da menina, tampouco informou a sua identidade. Salientam que o foro competente para processar e julgar a demanda é o do domicílio dos responsáveis pela criança, conforme o disposto no art. 147, inc. I do ECA, qual seja a Comarca de Nova Petrópolis. Colaciona jurisprudência. Mencionam o art. 28 do ECA, assim como o art. 1.621 do CC.

Referem que não se pode, em nome da ordem estabelecida pela listagem de adoção, desconsiderar a vontade da mãe biológica. Asseveram que a decisão hostilizada merece reforma, tendo em vista que afronta os princípios protetivos das crianças e adolescente, vez que não atende os interesses da menor, tendo sido determinada a devolução da infante à mãe que manifestou expressamente que não deseja criá-la. Ressalvam que possuem qualificação e possibilidade de proporcionar pleno desenvolvimento à criança, estando afastada a vedação prevista no art. 29 do ECA. Requerem o provimento do recurso, com a manutenção da competência para julgar o feito a Comarca de Nova Petrópolis, bem como seja mantida a guarda da menor em favor dos agravantes, até o julgamento definitivo da causa (fls. 02/11)...

... Quanto ao mérito propriamente dito, ainda que o registro de pessoas interessadas na adoção, ou seja, a lista de adoção prevista no art. 50 do ECA, não seja absoluta - conforme já tive oportunidade de referir noutrós julgamentos nesta Câmara -, a sua inobservância só pode se dar em situações excepcionalíssimas.

Na verdade, o Judiciário não pode acobertar o crescimento das adoções irregulares, em que os casais, alheios ao procedimento próprio desde o seu início, valem-se do "fato consumado" (conforme bem refere o Magistrado singular) e do estreitamento dos vínculos para posteriormente postularem a adoção de uma criança cuja guarda fática foi obtida de forma irregular.

No caso em julgamento, embora os agravantes estivessem previamente habilitados para uma adoção - noutra comarca - e tenha havido o consentimento expresso da genitora com a adoção da sua filha recém-nascida pelo casal recorrente (fl. 17), ainda assim não há qualquer situação excepcional a autorizar a inobservância da lista das pessoas igualmente habilitadas, que se submeteram a todo procedimento de habilitação anteriormente e aguardam há mais tempo o sonho de terem um filho, já que os ora adotantes figuram em 10º lugar na referida lista, segundo noticiado na decisão hostilizada (fl. 49).

Não se pode olvidar, jamais, que todo o procedimento e regramentos previstos para o processo de adoção, desde a habilitação das pessoas interessadas até o registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, têm uma razão de existir e não podem ser letras mortas.

Tais regras visam única e exclusivamente a preservar o melhor interesse da criança e do adolescente garantindo, por critérios democráticos, que sejam adotados por pessoas que previamente demonstraram preencher os requisitos para tal fim, e que, em nome do respeito à lei, aguardam ansiosamente a sua vez de receber em adoção.

Ainda que os agravantes estejam habilitados e o bebê em questão lhes tenha sido entregue pela própria genitora, não é caso de ser deferida a guarda provisória em seu favor - com o que se estaria consolidando uma futura adoção dirigida -, porque não se estabeleceu em tão pouco tempo, entre eles e o bebê adotando -nascido em 24 de abril de 2005-, vínculo afetivo já consolidado a caracterizar uma situação excepcional na qual, o melhor interesse do menor devesse se sobrepor à observância da ordem do registro de pessoas interessadas na adoção.”

O posicionamento jurisprudencial acima exposto também é compartilhado pela ilustre Desembargadora Maria Berenice Dias, que, ao apreciar caso em que os pretendentes à adoção ficaram

tão-somente sete dias com a criança, assim se manifestou: “*Para garantia da legalidade e imparcialidade do procedimento de adoção e dos interesses do adotado, é de rigor a fiel observância da sistemática imposta pelo art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, somente se deferindo a adoção a pessoas previamente cadastradas e devidamente habilitadas. Não configuração de adoção intuitu personae. Inexistindo motivo relevante que justifique, excepcionalmente, a relativização do preceito em prol dos melhores interesses da criança, inviabiliza-se o pedido de adoção. Apelo desprovido.*” (Apelação Cível nº 70014885701, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/05/2006).

De fato, nos primeiros dias de vida não se pode considerar que o recém-nascido adquira tamanho vínculo afetivo com aqueles que exercem a sua guarda a ponto de se utilizar o princípio do melhor interesse da criança para o fim de se consolidar aquela situação de fato, razão pela qual a jurisprudência nestes casos determina a observância da ordem do cadastro de adotantes.

No entanto, à medida em que o tempo passa, fica mais tênu a linha divisória que distingue a existência ou inexistência de vínculo afetivo relevante. Creio não ser possível delimitar objetivamente quantos dias ou meses correspondem ao máximo de tempo possível para que se possa retirar uma criança daqueles que dela cuidaram desde o seu nascimento, sem que tal afastamento acarrete prejuízos ao seu bem estar psíquico. Certamente, a questão depende de análise casuística.

Deve então o Poder Judiciário analisar caso a caso e, na hipótese de guarda de fato exercida há muito tempo e estudos psicossociais favoráveis, regularizar a situação fática existente, admitindo a adoção dirigida, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente? A resposta positiva a esta pergunta indubitavelmente estimula a desjudicialização, a inéria, a omissão planejada daqueles que exercerão a guarda de fato sem que o menor esteja em situação regular, e com isso beneficiar-se-ão da sua má-fé. A resposta negativa acarretaria a violação ao princípio constitucional do melhor interesse da criança e do

adolescente, uma vez que inadmitir a adoção dirigida neste caso obrigaría à abrupta apreensão do menor do seu lar e do convívio com aqueles que sempre o tiveram como filho, entregando a criança a um terceiro com o qual não possui qualquer relacionamento afetivo.

A questão suscitada não é, certamente, de fácil solução, e como considerável parcela das decisões referentes à área da Infância e da Juventude, não encontra subsídio na doutrina.

Penso, no entanto, que ponderando-se os valores em conflito, o princípio constitucional deve prevalecer, tendo em vista que o futuro de uma criança não pode ser prejudicado em razão da forma pela qual aqueles que exercem a sua guarda de fato a obtiveram. Incumbe aos Conselhos Tutelares fiscalizarem e impedirem que menores permaneçam em situação irregular, devendo, para tanto, obter o devido apoio técnico-financeiro do Poder Executivo Municipal. Se os estudos sociais e psicológicos são favoráveis; se os guardiões de fato oferecem toda a estrutura necessária para o bom desenvolvimento psíquico-social do infante; se há vínculo afetivo entre eles que acarrete sofrimento emocional ao menor no caso de separação, justifica-se a consolidação da adoção dirigida, ignorando-se, nestes casos, excepcionalmente, o cadastro de adotantes previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em sentido diametralmente oposto, se a questão for levada ao Judiciário quando a criança estiver com poucos dias ou meses de vida, e inexistentes os requisitos acima expostos, deve ser observado o cadastro de adotantes, determinando-se a imediata busca e apreensão do menor e encaminhamento àqueles previamente habilitados, que após a realização do estágio de convivência e do devido processo legal, poderão, enfim, realizarem o sonho que tanto acalentaram.¶

Sobral Pinto, o Advogado

Alberto Venâncio Filho

*Membro da Academia Brasileira de Letras
- ABL.*

Na história da vida jurídica ocorre, singularmente, em certos momentos de crise, o surgimento de personalidades que conseguem se sobrepor aos acontecimentos, e tentam conduzi-los para os caminhos da justiça e do bem comum.

Os exemplos não são muitos em nosso país, mas pode-se apontar alguns casos. Assinale-se por ocasião do processo dos envolvidos na Conjuração Mineira, no final do século XVIII, o advogado da Santa Casa de Misericórdia, José de Oliveira Fagundes, indicado pela instituição, que, arrostando os maiores empecilhos e dificuldades, conseguiu fazer a defesa de seus clientes em condições extremamente difíceis, das quais basta apontar o prazo de meia hora para apresentação de embargos.

No século XIX, no processo dos bispos de Olinda e do Pará, que se rebelaram contra a política imperial do regalismo, foram dois ilustres políticos e juristas, Cândido Mendes e Zacarias de Góis, que se aprestaram na defesa de Dom Antônio de Macedo Costa e Dom Vital de Oliveira.

Nas primeiras décadas do século XX, avulta a figura de Evaristo de Moraes como o grande advogado das causas criminais, dentro do espírito de apego à justiça e ao direito.

Nenhum deles, entretanto, sobreleva à figura de Rui Barbosa, pela grandeza das atitudes, tornando-se o grande arauto dos princípios de federalismo adotados em 1891, e defensor dos direitos e das garantias individuais, nos excessos que o regime incipiente tentava adotar, numa pretensa defesa dos princípios republicanos. A atuação de Rui Barbosa realmente não encontra parelha pela combatividade, pela extensão dos conhecimentos jurídicos, atra-

vés dos quais se tornou o verdadeiro professor do constitucionalismo, e pela coragem sem limites.

No ano de 1993, quando se comemora o centenário de nascimento de Heráclito Fontoura Sobral Pinto, o exame de sua vida, na qual há tantas semelhanças com a do jurista baiano, permite, sem exagero, ser a ele comparado, por muitos dos aspectos que sejam objeto de análise.

Heráclito Fontoura Sobral Pinto nasceu em Barbacena, em 5 de novembro de 1893 - mesma data de nascimento do seu êmulo -, filho de um funcionário ferroviário. Naquela época, embora com remuneração modesta, a figura do funcionário ferroviário era nas pequenas cidades do interior só comparável à do prefeito e à do juiz de direito.

Nas caminhadas que o êxodo por vários lugares levou seu pai, Sobral Pinto teve em Porto Novo do Cunha o primeiro contato com a violência e o arbítrio, que iria marcar, de forma bastante acentuada, o seu espírito e o seu temperamento. Tinha pouca idade e estava certo dia na janela da casa, quanto viu alguns homens levando um indivíduo na base das maiores agressões físicas. Sobral Pinto não se conteve, saiu pela porta e começou a deblaterar junto aos algozes: "Seus covardes!"

Realizou estudos secundários em Friburgo, no Colégio Anchieta, dos padres jesuítas, que terá contribuído para moldar a personalidade naqueles padrões de ferro de conduta e de temperamento. Em seguida, transfere-se para o Rio de Janeiro, onde faz os seus estudos de direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, que funcionou, inicialmente, no prédio do Colégio Pedro II e, em seguida, se transferiu para a Academia de Comércio, na Praça XV. Naquela época, existiam no Rio as duas faculdades, esta e a Faculdade Livre de Direito, ambas criadas em 1891, com as facilidades trazidas pela reforma Benjamin Constant. O padrão não discrepava do mediano e, muito embora alguns professores fossem advogados ilustres, o ensino era exclusivamente prático.

Ressalte-se que nos vários depoimentos que Sobral Pinto deu durante toda a vida, não há nenhum registro expressivo do apren-

dizado haurido na faculdade, o que ocorre na maioria dos casos, comprovando a tese de que os advogados daquela época, como grande parte ainda hoje, eram autodidatas. Entre os professores, cabe apontar Carvalho Mourão, Alfredo Pinto, Manuel Cícero, e entre seus colegas de turma de 1917, Edmundo da Luz Pinto, Guillerme Gomes de Mattos e Paulo Bittencourt.

Sobral Pinto inicia-se logo na advocacia, mas em pouco tempo seria chamado a desempenhar as funções de Procurador Criminal da República, em 1924. Era a época difícil da Presidência Arthur Bernardes, vivia-se sob o estado de sítio, e iniciavam-se os movimentos militares revolucionários. Na função que exercia, Sobral Pinto, nos ardores da mocidade, procurou ser implacável na condenação dos líderes do movimento. Consta que, em determinado caso, tendo a defesa argüido que alguns militares não teriam participado diretamente do movimento, por se encontrarem impedidos por motivos vários, assim mesmo Sobral Pinto pediu-lhes a condenação, alegando que não haviam participado do movimento por falta de oportunidade, sendo a traição aos superiores à legalidade a mesma para todos os revolucionários. Deixou a Procuradoria Criminal entre agosto e setembro de 1928 e ocupou logo em seguida o cargo de Procurador-Geral do Distrito Federal.

Nesse mesmo ano de 1928, ingressa no Centro D. Vital, criado em maio de 1922, no Rio de Janeiro, por Jackson de Figueiredo, com apoio de Dom Sebastião Leme, e passa, em seguida, a ser responsável pela crônica política do jornal da instituição, *A Ordem*.

Os anos que precederam a Revolução de 30 e os que se seguiram eram de grande ebulação ideológica, e os artigos de crítica ao Governo Provisório de Getúlio Vargas provocaram discussões e objeções. Em 1933, Sobral Pinto adere à Liga Eleitoral Católica (LEC), organização criada com o objetivo de orientar os meios católicos para a escolha dos representantes na Assembléia Nacional Constituinte.

A partir de 1928, quando deixa a Procuradoria Geral do Distrito Federal, Sobral Pinto passou a ser única e exclusivamente

advogado, rejeitando todo e qualquer convite para o exercício de cargos públicos.

Mas o momento áureo surge em 1936, quando o presidente do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro, Targino Ribeiro, o designa para defender os dois principais líderes do movimento de 35, Luiz Carlos Prestes e Harry Berger. A designação de Sobral Pinto se deu - e não se pode omitir este registro - após a recusa de numerosos advogados, que, pretextando os motivos mais variados - excesso de trabalho, doença na família, viagens freqüentes - , se escusaram do encargo. Respondendo ao ofício do Presidente da Ordem, diria Sobral Pinto: “O que me falta em capacidade, sobra-me, porém, em boa vontade para me submeter às imposições do Conselho da Ordem; e em compreensão humana para, fiel aos impulsos do meu coração cristão, situar no meio da anarquia contemporânea a atitude desses dois semelhantes, criados, como eu e todos nós, à imagem de Deus.

Quaisquer que sejam as minhas divergências do comunismo materialista - e elas são profundas - não me esquecerei, nesta delicada investidura de que o Conselho da Ordem impõe, que simbolizo, em face da coletividade brasileira exaltada e alarmada: A DEFESA.”

Sobral Pinto relata o quanto, em muitos desses casos, colegas faziam “a mímica do dever”, comparecendo às audiências, sem conhecer o processo e pedindo sucessivos adiamentos. “Fiquei sendo um advogado com a noção do que é advocacia, que não é a mímica do dever. Obtive êxito, muitas vezes obtive a solução, e mais, passei a funcionar desde o sumário.” E, no caso, Sobral Pinto teve de vencer inicialmente a resistência dos próprios clientes que, incomunicáveis durante muito tempo, não podiam conceber que, subitamente, aparecesse advogado para defendê-los, resistência que foi sendo vencida com a sua atitude leal, serena e franca.

A luta de Sobral Pinto foi hercúlea. Os dois presos se encontravam em situação extremamente precária, em condições de vida absolutamente miseráveis, sobretudo o segundo, que estava

alojado num vão de escada, sem luz, sem ar e com os passos dos policiais que subiam e desciam as escadas. Em certo momento da sua luta, Sobral Pinto teve que apelar para a aplicação da lei de proteção aos animais em favor do seu constituinte.

No livro *Por que Defendo os Comunistas* estão transcritas as numerosas petições, cartas e documentos em que o advogado, de forma desassombrada, postulava pelo direito de seus clientes, e essa situação só se modificou em parte quando, assumindo a pasta da Justiça, José Carlos de Macedo Soares arrostando as resistências policiais, e pôde dar aos presos tratamento mais humano. Durante oito anos de prisão, incomunicável, o único contato que Luiz Carlos Prestes tinha com o exterior era a visita semanal que religiosamente lhe fazia o seu advogado.

No período do Estado Novo, a luta de Sobral Pinto não se limitou a essas atividades forenses, mas a um trabalho permanente de luta pela redemocratização. Escrevendo a crônica forense do *Jornal do Commercio*, iniciou, provocado por Cassiano Ricardo, diretor do jornal governista *A Manhã*, um debate com aquele escritor sobre a democracia. No decorrer do debate, obteve Cassiano Ricardo que o Departamento de Imprensa e Propaganda, o famigerado DIP, proibisse as publicações dos artigos de Sobral Pinto, bem como suas crônicas forenses. Iniciou uma nova batalha pelo direito de responder à polêmica, espelhada no volume *Do Primado do Espírito nas Polêmicas Doutrinárias* (As iras do Sr. Cassiano ...) São cartas e mais cartas, telegramas e mais telegramas em que defende vigorosamente o direito de resposta.

Por ocasião da polêmica, realiza-se em 1943, no Rio de Janeiro, o Congresso Jurídico destinado a comemorar o centenário do instituto da Ordem dos Advogados do Brasil. Havendo cerceamento dos debates, alguns dos congressistas deliberaram abandonar a assembléia, entre eles o advogado Pedro Aleixo, a quem foi oferecida uma homenagem, tendo-o saudado Sobral Pinto.

No discurso, em delicado momento, diria: “A democracia que vos interessa, e pela qual não cessais, e não cessamos de batalhar com o vosso e o nosso exemplo de juristas abnegados, no seio da

sociedade onde atuais e atuamos, é a que aspira, pelo contrário, a harmonizar, numa ordem jurídica estável, o exercício pleno da autoridade pública com o respeito intransigente ao direito individual de cada um dos cidadãos honestos, que trabalham, entre nós animados de nobres sentimentos de paz, de ordem e de justiça, para o progresso sempre crescente do bem comum da nação brasileira.”

Em 1945, assinou o manifesto de lançamento da Resistência Democrática, movimento que postulava a convocação da Constituinte, o sufrágio universal, a iniciativa privada como base do liberalismo econômico, a criação de partidos e dos sindicatos apolíticos.

Não tendo atuação partidária, Sobral Pinto voltou-se inteiramente ao exercício de sua atividade profissional, mas, em 1955, quando grupos políticos tentaram se aliar a setores militares para impedir a participação no pleito de Juscelino Kubitschek e João Goulart, voltou novamente à luta e criou a Liga de Defesa da Legalidade, com o objetivo de lutar pela realização das eleições e garantir a posse dos eleitos, quaisquer que fossem eles.

Com a eleição para presidente de Juscelino Kubitschek, a primeira vaga ocorrida no Supremo Tribunal Federal foi a ele oferecida. Recusou a indicação, entre outros motivos, para não dar a impressão de que seria uma retribuição às atividades realizadas na Liga de Defesa da Legalidade.

Em 1964, com a vitória do movimento militar, vem Sobral Pinto novamente ao confronto, e logo, em abril de 64, escreveria carta ao Marechal Castelo Branco, advertindo-o de que sua candidatura, na qualidade de chefe do Estado Maior do Exército, era ilegal, tanto no pleito direto, quanto indireto.

O seu papel como advogado novamente se agiganta no período de repressão, violência e torturas, e entre os seus novos constituintes encontra-se a Missão Comercial Chinesa, dotada de passaporte diplomático, e que se encontrava no Brasil, tratando de intercâmbio comercial e que, entretanto, seus integrantes foram presos, torturados e sofreram os maiores vexames. Sobral Pin-

to os defendeu em toda linha e, após a condenação, foram eles deportados.

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, provocou novas violências, e Sobral Pinto, que, na ocasião, se encontrava em Goiás, foi preso, ficando detido alguns dias. Em resposta ao argumento do oficial carcereiro, de que o AI-5 visava ao estabelecimento de uma democracia à brasileira, afirmou: “Coronel, há perigo à brasileira, mas não há democracia à brasileira. A democracia é universal, sem adjetivos.”

Além de prosseguir na defesa de presos políticos, Sobral Pinto voltou a se manifestar, por meio de cartas famosas, a respeito do movimento político. No final de 1976, a respeito da pressão que o presidente norte-americano Jimmy Carter estava exercendo sobre o Governo brasileiro em relação aos direitos humanos, declarava digna de estímulo aquela manifestação.

Conselheiro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil por vários anos, e representando vários estados, manifestou-se contra o recesso do Congresso Nacional, feito pelo Presidente Ernesto Geisel, em abril de 1967, com a reforma do Poder Judiciário.

Em maio de 68, defendendo o regime democrático, falou para os alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Nesse período exerceu a presidência do Centro D. Vital, em 1967, reconduzido em 1980. Exerceu ainda a cátedra de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, despertando o maior interesse entre seus alunos.

A sua vida de advogado não lhe deu vagar para a realização de trabalhos doutrinários mais profundos, mas os que divulgou dão mostra da sua cultura e do seu saber jurídico. Na revista *Cadernos Brasileiros*, publicou, em 1980, um estudo bastante completo sobre a Justiça Militar e prefaciou o volume das Obras Completas de Epitácio Pessoa, *Acórdãos e votos no Supremo Tribunal Federal*, com estudo profundo sobre a atuação daquele jurista, e no qual revelava sólidos conhecimentos de direito público. Discutindo a atuação desse magistrado e de críticas que lhe eram feitas, diria Sobral Pinto:

“O que cumpre examinar na trajetória de magistrados eminentes, do porte de Epitácio Pessoa, é a fidelidade à sua mentalidade jurídica. Ele, como juiz, encarava os fatos tão-só à luz das relações abstratas que as leis de seu tempo estabeleciam. Não lhe interessava indagar quais eram as partes em conflito. Tomava os fatos, tais como eles se lhe apresentavam dentro dos autos, para pô-los, logo depois, em equação com a lei a eles aplicável. Tudo o mais lhe era indiferente. Por isso, e tão-somente por isto, é que ele foi um grande juiz, como revelam os acórdãos e votos que proferiu.”

É difícil em texto dar a exata medida do que foi a obra de advogado de Heráclito Fontoura Sobral Pinto. Dentre os aspectos que mais o salientam, há que mencionar o seu completo desprendimento das coisas materiais. Pôde assim dizer seu grande amigo e também grande advogado Dario de Almeida Magalhães que “para que esse destino privilegiado de homem livre se realizasse cabalmente, alcançou Sobral Pinto a libertação de um dos jugos mais perigosos e daninhos: a libertação do dinheiro.”

E *acrescentava:*

“A outra nota culminante do seu ideário é a paixão incandescente pela justiça. Não é o comum amor à justiça - um amor moderado, se bem que fiel, cauteloso, amor de técnico, cultivado por dever de ofício. Nada disso. É uma paixão devoradora, vulcânica, infatigável e obsessiva. Uma paixão que lhe incendeia a alma, movida pela fé, que não esmaece, e pela certeza de que o único destino nobre que o homem deve perseguir para mostrar que se anima de um sopro de vida, é de lutar hora a hora, minuto a minuto, contra as injustiças e pelo império da justiça.”

E as palavras de seu outro grande amigo e também grande advogado, Victor Nunes Leal, resumem esta atuação admirável:

“Sobral Pinto é o crítico vigilante da vida pública, o curador da vivência dos amigos, a consciência de cada um de nós

naqueles frágeis momentos em que a nossa entra em colapso pela paixão, pelo medo, pela ira, pela insegurança, pela soberba, pela ambição, pela vaidade e até pelos desvios menores que por vezes descompassam as personalidades mais bem formadas.

Acima de tudo isso, é Sobral Pinto ‘o advogado’, o advogado em si, que combate do primeiro ao último instante pela causa que tem por justa, seja fraco ou forte aquele a quem defende, especialmente se é vítima do poder, da prepotência, da maldade, da má-fé, da mistificação, da ignorância presunçosa.” 

A Legitimização Pragmática: Os Princípios Vazios da Igualdade, Ponderação e Razoabilidade

Sérgio Alexandre Cunha Camargo

*Professor de Direito Administrativo da
EMERJ.*

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que representam elementos essenciais de uma ordem jurídica vigente, ultrapassam o próprio sistema jurídico nacional de que fazem parte.

Esta superação do sistema nacional apresenta duas características distintas: uma sistematização e uma substancialidade.

Substancialmente ultrapassam o sistema nacional pela exigência de corresponder ao que lhes é exigido, vislumbrando os direitos humanos de forma efetiva. Os direitos humanos apresentam uma validade universal, independente de positivação em sistemas jurídicos isolados, interna de cada país.

A aplicação mundial dos direitos humanos tem como marco de extrema importância a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Outubro de 1948.

Paralelamente à identidade substancial, há que se averiguar as chamadas identidades sistemáticas, visto que onde quer que se considerem direitos fundamentais em um ordenamento, problemas semelhantes se apresentam. Estas questões se mostram como diferenças estruturais entre direitos à proteção, direitos políticos de participação, direitos sociais e direitos de defesa de índole liberal.

A questão que se quer responder é quem são na realidade os destinatários dos direitos fundamentais e de que maneira poderiam ser limitados estes direitos. É claro que a resposta a esta pergunta foge de uma conceituação doutrinário e filosófica, na medida em que a Suprema Corte, como órgão responsável pelo controle da observância dos direitos fundamentais, esbarrará na questão de estar invadindo a seara do Poder Legislativo, lesionando o princípio da democracia e da divisão de poderes.

Estas questões levam a busca de uma solução que convergiria na possibilidade de desenvolver-se uma teoria de direitos fundamentais que transcendesse uma ordem jurídica específica e se aplicasse de forma global. A proposta que se quer apresentar surge de uma Ciência dos Direitos Fundamentais, que não busca exatamente a homogeneização de cada ordem jurídica, mas na verdade utilizar as diferenças das diversas ordens para desempenhar suas tarefas. Esta ciência busca descobrir as estruturas dogmáticas e revela os princípios e valores que se escondem atrás das codificações e jurisprudências.

Todos os homens são aptos a igualmente gozarem de direitos, mas não têm um exercício de direitos igual - Igualdade de Direitos em democracias ocidentais, rejeita privilégios de raça, cor, religião, sexo. Vedam-se distinções arbitrárias, sem fundamento objetivo, as discriminações.

Todos devem ter um exercício de direitos isonômico - Igualdade Real, esta sendo a igualdade prometida nas democracias marxistas.

O presente estudo busca harmonizar estas diferenças para tentar apresentar uma solução factível a ser implementada, conjugando dentro do possível valores de sociedades heterogêneas dentro de um único sistema.

I - DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é apresentado por duas teorias: absoluta e relativa.

I.1 - Teoria Absoluta

A teoria absoluta entende que os direitos fundamentais têm delimitação abstrata, não podendo suas fronteiras ser ultrapassadas.

das, nem mesmo para garantia de direitos fundamentais de mesma importância e hierarquia. Vê-se a aplicação de cada direito de forma isolada, em que a solução seria sempre conjugar direitos fundamentais, sem pretender considerá-los de forma isolada.

Em verdade, direitos fundamentais são espécie de seu próprio gênero, não concebendo esta teoria a possibilidade de se abrir mão de um determinado direito elencado a fundamental, para proteção de outro de mesma espécie. Se pensássemos de forma contrária, o gênero Direitos Fundamentais estaria sempre perdendo diante da colisão de suas próprias espécies.

I.2 - Teoria Relativa

A teoria relativa defende que a idéia central de direitos fundamentais só pode ser protegida no caso concreto, o que, na visão de Alexy¹, retoma a teoria ao Princípio da Proporcionalidade.

Através do Estado-juiz, no caso concreto, com elementos fáticos poder-se-ia analisar qual direito deve prevalecer e qual deve ser sacrificado. Não há uma opção estanque, sólida, inerte, há sim uma valoração de interesses, que não se presta a extinguir determinado direito fundamental, mas apenas dar-lhe menor acepção diante de uma situação que clama por uma ponderação que faça fluir um direito que se apresente mais relevante no caso concreto.

A teoria relativa demonstra mais aptidão ao que se pretende entender como núcleo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que a situação fática demonstrará qual direito fundamental deverá ser mais valorado, neste ou naquele caso.

I.3 - Colisão de Direitos Fundamentais

A maior parte das Constituições codificadas apresenta extenso rol de Direitos Fundamentais.²

¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

² A atual Carta da República brasileira em seu Título II, Capítulo I, artigo 5º traz em setenta e sete incisos e parágrafos extenso rol de direitos fundamentais explicitamente positivados.

A teoria dos Direitos Fundamentais presta-se num primeiro momento a interpretar estes direitos, aplicando-se regras de interpretação jurídica que, sem dúvidas, esbarrarão em certos limites, sendo sua maior limitação o conflito entre os próprios direitos desta ordem.

A colisão entre direitos pode se dar entre estes, ou entre estes com normas e princípios de determinado ordenamento que visem à proteção de determinado interesse comum. Robert Alexy³ atribui a este fenômeno uma visão restrita e ampla de colisão entre direitos fundamentais.

Os tipos de colisão formam o núcleo central da dogmática dos direitos fundamentais, em que sua análise leva a quase todos os problemas desta disciplina.

Em sentido estrito, a colisão de direitos fundamentais se apresenta quando a performance de determinado direito por um titular esbarra ou produz efeitos negativos sobre direitos fundamentais de outro titular, não obstante poder tratar-se de direito de caráter idêntico ou diverso.

Tratando da colisão entre direitos fundamentais de mesma espécie, podemos explicitar quatro espécies:

1. *Conflito sobre o mesmo direito fundamental (direito liberal de defesa) - tal ocorre, por exemplo, quando dois grupos distintos de manifestante se dirigem ao mesmo ponto geográfico para extravasar seus anseios;*
2. *Conflito sobre o mesmo direito fundamental, sendo direito de defesa de um e direito de proteção de outrem - tal ocorre quando para proteger a vida de um titular dispara-se arma de fogo sobre um seqüestrador colocando em risco a vida da própria vítima e a do ladrão. Seria viável proteger a vida do seqüestrado sob as condições do seqüestrador, ou mesmo sem colocar a vida deste em jogo? Daí surge nova problemática: ao proteger a vida do seqüestrado, ameaçando a vida do seqüestrador, pode-se colocar em risco a vida de transeuntes que trafeguem pelo local? É o que se entende*

³ *Ibidem.*

por “dever de proteção em face da comunidade geral dos cidadãos. Tem o Estado dever de se abster de novas condutas violentas e principalmente de não as estimular. Este dever de proteção traduz-se na proteção de um bem coletivo, ou seja, a segurança da coletividade. A complexidade desta ponderação é que torna necessário identificar os elementos fundamentais integrativos”;

3. Outra hipótese de colisão de direitos fundamentais ocorre entre lados positivos e negativos de direitos fundamentais - tal problemática se exemplifica no fato de se ter a liberdade de expressão religiosa ou política, mas também de não as ter. Tal questão se refere à problemática apresentada por Alexy⁴ da validade de se colocar crucifixos em salas de aula ou de audiência. Poderá o Estado determinar que se coloquem crucifixos nesses estabelecimentos? Como solucionar o conflito negativo do direito fundamental à liberdade religiosa dos não-cristãos que, como ponderou a Suprema Corte Alemã, estariam obrigados, durante uma audiência pública, ou aulas, a conviver com este símbolo religioso, que não abraçam, ou aprender sobre tal religião sem terem manifestado interesse. A Corte Alemã resolveu este conflito negativo proibindo o uso de crucifixos em sala de aula, sob o manto da neutralidade religiosa;

4. Colisão entre o lado jurídico e a situação de fato que envolve o direito fundamental - se concedermos gratuidade de justiça aos pobres, em detrimento dos ricos, para que tenham acesso à justiça, está se estabelecendo tratamento anti-isomônico. Mas, de fato, a não consideração da capacidade econômica de um e outro, reduziria a capacidade dos pobres de terem acesso à justiça. Por este motivo é que a Corte Alemã associa a idéia de igualdade fática ao princípio do Estado social de direito. Seria na prática o que o Supremo Tribunal Federal entende por dupla faceta do princípio da isonomia, que também se traduz em tratar desigualmente os desiguais.

⁴ *Ibidem.*

A colisão entre direitos fundamentais de mesma espécie ou não, resolve-se na máxima de que será necessário imporem-se a um dos lados da relação de conflito restrições ou sacrifícios para que o direito mais ponderado prevaleça.

Questão de grande relevância reporta-se ao caráter vinculante ou não dos direitos fundamentais. Todo sistema jurídico leva a uma vinculação das normas de direito fundamental, em que sua implementação, lesão ou ameaça de lesão deve ser averiguada e solucionada pelo poder jurisdicional, sendo o ideal que esta averiguação parta de uma Corte constitucional. Normas de direito fundamental que não possam ser examinadas por tribunal com função jurisdicional não serão vinculantes sob o aspecto jurídico. Neste caso os direitos fundamentais representariam meras normas programáticas, intenções utópicas a serem alcançadas num tempo e lugar indefinido.

No ordenamento brasileiro pode-se dizer que os direitos fundamentais elencados em grande monta no artigo 5º da Constituição Federal são vinculantes por terem aplicação imediata. Não obstante esta consideração há que se atribuir aos direitos fundamentais à possibilidade de jurisdicalização visto serem direitos humanos positivados.

I.4 - Ponderação de Interesses X Motivação

A ponderação de interesses, via motivação, tomou cunho constitucional no ordenamento pátrio de forma explícita através do disposto no artigo 93, IX da Constituição Federal, *in verbis*:

Artigo 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; (Grifo nosso)

A motivação representa garantia fundamental do cidadão e segurança a um Estado Democrático de Direito, pois através dela justifica-se a autoridade estatal.

Filiamo-nos ao entendimento de que todos os atos administrativos devam ser motivados, quer detenham cunho decisório ou não⁵. A função estatal se justifica através da motivação do *modus operandi* da administração pública. É garantia ao cidadão de que seus representantes políticos estão realmente agindo conforme as situações fáticas exigem, ou para alcançar programas de governo preestabelecidos quando das campanhas eleitorais, firmando-se após o sufrágio, como Políticas Públicas a serem implementadas.

Michelle Taruffo⁶ entende ser a motivação tão necessária como instrumento de justificação, que visa a demonstrar que a decisão é juridicamente válida e fundada sob a verdade dos fatos.

Direitos políticos trazidos no artigo 14 da Constituição Federal de 1988 claramente demonstram que o exercício da democracia, em nosso ordenamento, se encerra no voto. Este fato demonstra a nítida fraqueza de nosso sistema democrático, visto que a participação popular em uma democracia deve ir muito além do sufrágio. Deve ser capaz de acompanhar e controlar a implementação de políticas públicas, estas que justificaram a escolha de um ou outro político que venha a deter a representação popular, que se dará também via controle e vinculação partidária, situação que nosso sistema sequer vislumbra.

Nenhuma ponderação pode implicar a diminuição do sentido de dignidade da pessoa humana, já que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica é o fim último desta ordem. Em outras palavras, como a dignidade da pessoa humana foi traduzida nos ordenamentos jurídicos como direitos fundamentais, a diminuição destes direitos deve ser feita com grande cautela sob pena de se afastar do objetivo máximo de toda ordem constitucional, em todo ordenamento jurídico, isto é, o homem.

⁵ Em sentido contrário DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17^a ed. São Paulo. Atlas, 2004.

⁶ Apud SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Iures, 2000.

I.5 Teoria de Habermas

Habermas⁷ em sua Teoria enuncia os direitos fundamentais em três categorias distintas:

1. *Direito à liberdade de agir - seriam os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;*
2. *Direito à livre associação - como forma de traduzir a cidadania, seriam os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;*
3. *Direito à proteção judicial - enfatizado pelo direito de ação, que seriam os direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de se postular judicialmente os direitos e a configuração politicamente autônoma da proteção judicial de forma individualizada.*

II - DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

A cláusula do devido processo legal, não obstante sua conceituação imprecisa, tem servido para que a suprema corte americana utilize o princípio da razoabilidade para exercer o controle sobre a racionalidade das leis, sobretudo daquelas que repercutem sobre direitos fundamentais.

Pode-se analisar o princípio da razoabilidade sobre sua tríplice dimensão: Adequação, Necessidade ou Exigibilidade e Proporcionalidade em sentido estrito.

II.1 - Origem e Desenvolvimento do Princípio da Razoabilidade

O desenvolvimento do princípio na Europa ligou-se visceralmente à idéia de Estado Democrático de Direito, buscando a proteção das liberdades individuais, não somente entre particulares, mas destes em face do poder público⁸.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro, Templo Brasileiro, 1989.

⁸ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Iures, 2000.

O Estado criou o Direito, passando daí a tutelá-lo, não mais preponderando a idéia de que está acima dele. Esta noção desenvolveu-se primeiramente com a elaboração da doutrina do desvio de finalidade, em que o ato da autoridade, ainda que discricionário, seria invalidado, se buscassem finalidade contrária à lei. Esta evolução significou, de certa forma, um grande avanço no controle das políticas públicas, na medida em que passou a controlar a validade dos atos administrativos em consonância aos direitos coletivos tutelados.

Só tomou cunho Constitucional, na Alemanha pós-Nazista, na busca de cessar os arbítrios do legislador e garantir a fluência dos direitos fundamentais, afastados durante aquele regime. Por este motivo, é conhecido o Princípio como de Proibição de Excesso⁹, ou da Razoabilidade¹⁰, como preferem os Italianos.

No direito norte-americano, o Princípio originou-se através da interpretação evolutiva da Cláusula do Devido Processo Legal - *Due Processo* - inserida na Constituição Americana, ainda que Daniel Sarmento entenda ser mais remota sua existência, datando na *Common Law* da Cláusula *Law of the Land* constante da Magna carta de João sem Terra, de 1215¹¹. De uma ou de outra forma, o Princípio encontra-se amplamente divulgado no direito norte-americano.

Como última ponderação sobre a análise histórica, a opção em denominar o princípio como da Proporcionalidade, Razoabilidade ou Proibição de Excesso, é despicienda sendo meramente optativa, visto que as noções acabam por convergir. O que se quer conter, na realidade, são os arbítrios no atuar do Poder Público, que se protege sob o manto da discricionariedade.

II.2 - A Razoabilidade Subdividida¹²

A subdivisão, ora em análise, não é fruto de uma evolução doutrinária brasileira, mas de uma proposta da doutrina alemã que

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Preferimos esta denominação, a uma, pois a proposta veiculada por Daniel Sarmento como subdivisão do Princípio torna mais clara sua compreensão; a duas, pois entendemos que a Proporcionalidade é realmente mera faceta do que seria Razoável. Assim, passaremos a denominar o Princípio como da Razoabilidade de agora em diante.

¹¹ *Ibidem*.

¹² A subdivisão foi tirada por base a obra do Daniel Sarmento, já citada, visto corroborarmos com seu entendimento, a não ser quanto à denominação do Princípio, que como já expressamos, entendemos ser mais adequado chamá-lo de Razoabilidade.

entendeu desmembrar a Razoabilidade em subprincípios, como destacamos acima.

Cabe-nos uma digressão no sentido de analisar cada subprincípio para que possamos entender seu significado e tecermos alguns comentários acerca de seus desdobramentos.

O Princípio da Adequação, e entendemos que na realidade este é muito mais um princípio em si mesmo do que uma vertente da Razoabilidade, preconiza que o atuar do Poder Público, quer de forma legiferante ou em mero ato de gestão, deve ser eficaz a alcançar os fins que o inspiraram¹³. O fundamento da norma, a *mens legis* do Legislador, deve ser o reflexo do ato. Este conceito nada mais é que uma vertente da Teoria dos Motivos Determinantes que baliza o Ato Administrativo.

A Teoria dos Motivos Determinantes, sucintamente, ensina que a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, em que se falsos ou inexistentes, implicam a sua nulidade.

O atuar discricionário do administrador público é balizado sim, pela Lei. O Agente Político, como Agente Público, não tem carta branca para atuar. Antes, cabe ressaltar que não mais vigora no ordenamento jurídico brasileiro a noção de Funcionário Público. Outra questão foi a opção do Legislador Constituinte Originário, ao promulgar a Carta da República de 1988, deixou de fora a figura do ‘político’ da noção de ‘Funcionário Público’, querendo dar maior abrangência ao tema do que poderia comportar o instituto. Para isto, adotou a expressão ‘Agente Público’ ao emendar a Constituição em 1998 (Emenda Constitucional 19 de 1998).

Discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade, como muito se pensa nos meandros políticos, mas certa liberdade de manobra para que não se engesse o atuar daquele que foi eleito para conduzir e gerir o interesse da coletividade. Seu agir deve ser adequado a alcançar o fim que a lei pretendeu.

O Princípio da Necessidade determina que o administrador deve optar pela medida menos gravosa ao administrado, para al-

¹³ *Ibidem*.

cançar o objetivo colimado. O atuar do poder público como premissa deve ser o interesse público, mas de forma que tenha mímina ingerência nos direitos fundamentais do cidadão. Se várias opções se apresentam ao administrador para que atue, deve sempre preponderar aquela que cause menor impacto nos interesses e direitos da coletividade¹⁴.

Toda a doutrina brasileira defende que o controle exercido pelo Judiciário sobre o atuar do administrador público deve se pautar na Legalidade, isto é, só poderia imiscuir-se quando o ato fosse contrário a Lei. Neste caso, anular-se-ia o ato, com eficácia *ex tunc* de forma a desfazer todos os efeitos criados pelo ato (ou norma), com vistas a retornar ao *status quo ante*. Jamais, diz a doutrina, poderia avaliar critérios de conveniência e oportunidade do ato para pretender desfazê-lo. Mas e se o administrador público, que atuou em conformidade com a Lei, sendo o ato portanto legal, pudesse alcançar o mesmo objetivo pretendido com menos desgaste para o administrado? Não caberia ao Judiciário anular o ato, pois este estaria de acordo com o Princípio da Legalidade. Será, então, que poderia revogar o ato? A doutrina entende que não, pois não cabe ao Judiciário revogar ato administrativo, pois o Mérito Administrativo é da observância única do administrador público.

Ousamos discordar de tal orientação. Utilizamos por base o subprincípio da Necessidade, pelo qual, se for comprovado que o administrador optou em atuar da forma mais gravosa para o administrado em geral, deverá o Judiciário, em sendo provocado pelo Ministério Pùblico, defensor dos interesses difusos e coletivos, revogar o ato.

Está orientação, porém, afasta a Conveniência e Oportunidade trazidas pelo Mérito Administrativo que baliza o atuar do Poder Público. E, ainda, não resolve o dilema de não ter sido o Judiciário sufragado para agir desta forma.

É exatamente este o cerne da questão trazida na obra do Procurador da República Daniel Sarmento¹⁵: Ponderação de Interes-

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

ses na Constituição. Todo o nosso sistema constitucional pauta-se sobre a égide de um Sistema de Jurisdição Una: cabe somente ao Judiciário julgar, não havendo previsão para qualquer órgão avaliar a conveniência e a oportunidade no atuar do Agente Público. Enfrentamos a questão, pelo menos de início, afastando a noção do Mérito Administrativo e do Mandato de Eleição conferido ao Legislativo e ao Executivo, e não ao Judiciário, pela prevalência do Princípio da Razoabilidade. Nossa intenção é não deixar desassistido o administrado que fora invadido em seu Direito Fundamental, comprovando-se que outra forma menos gravosa havia, com vistas a alcançar o mesmo objetivo, causando-lhe prejuízo menor.

Canotilho¹⁶ entende que o exame do subprincípio da necessidade deve compreender:

1. *a necessidade material, em que o meio deve ser o menos gravoso possível quanto à limitação dos direitos fundamentais;*
2. *o âmbito de intervenção deve ser limitado;*
3. *a medida coativa deve ter tempo certo;*
4. *a medida deve ser suficiente a limitar a pessoa ou pessoas cujos interesses devam ser sacrificados.*

Como terceiro subprincípio temos a Proporcionalidade estrito senso, chamada por Robert Alexy de Mandado de Ponderação¹⁷. Tal princípio nada mais é que a relação custo-benefício: as restrições impostas pelo atuar do Poder Público devem ser inferiores aos benefícios colhidos pela forma de agir eleita.

Alexy¹⁸ alerta para a importância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito como forma de ponderação. Na visão do autor quanto mais intensa for a intervenção em determinado direito fundamental, mais relevantes deverão ser os fundamentos justificadores desta intervenção.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Livraria Almedina, 5^a Ed., 1991.

¹⁷ *Ibidem* p. 89.

¹⁸ Ob. Cit.

Estabelecendo-se uma lei de ponderação em três momentos bem distintos, podemos dizer que num primeiro momento há que se definir a intensidade da intervenção; num segundo momento averigua-se a importância dos fundamentos que justificam a intervenção, para enfim se efetivar a ponderação em sentido estrito.

Conformando o Princípio da Razoabilidade, uma norma deverá ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.

Ainda que concordemos inteiramente com a subdivisão apresentada, não nos conformamos com o destino que lhe fora dado, visto que é apresentado muito mais como forma de justificar o controle de constitucionalidade aferido pelo Judiciário. Enfatizamos a noção já trazida de que se presta também à avaliação do próprio ato administrativo, ainda que não tenha como amparo a Constituição ou a Lei, mas o direito difuso de um grupamento social.

A aceitação quem vem tendo o Princípio da Razoabilidade tornou-o instrumento de suma importância. Num primeiro momento para se proceder à valoração do ato político, afastando a noção de conveniência e oportunidade que se prestou a macular o ato, tornando-o contrário e lesivo ao interesse público. Num segundo e futuro momento servirá a controlar a implantação de Políticas Públicas.

III - RAZOABILIDADE E PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Trazendo a razoabilidade para a Ponderação de Interesses, podemos dizer que a restrição impõe a cada interesse só se justificará num caso de conflito entre princípios constitucionais, na medida em que se mostrar apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; não houver solução menos gravosa; e o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

III.1 Núcleo Essencial

A ponderação de interesses sofre restrições pela doutrina acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Há um con-

teúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador ou pelo aplicador do direito¹⁹.

O núcleo essencial traduz o limite dos limites, protegido contra qualquer espécie de restrição, que não poderá ser violado sob o risco de atingir os direitos fundamentais em sua própria essência, como gênero, e não mais como mera espécie.

Há porém duas orientações doutrinárias que produzem resultados bastante distintos. Estes resultados são oriundos das Teorias Absoluta e Relativa, abordadas no Capítulo I desta obra, para onde nos reportamos.

III.2 Judiciário e Ponderação de Interesses

A ponderação é técnica de decisão pela qual se solucionam conflitos entre normas que não se resolveram pelos elementos clássicos de hermenêutica jurídica, através da semântica, da lógica, e nem pela moderna hermenêutica constitucional que traduz os princípios de interpretação propriamente constitucionais ou pela interpretação orientada pelos princípios.

Os vários interesses em oposição e as normas que os legitimam juridicamente, devem ser identificados e reunidos em função das soluções que indiquem, e dimensionados de acordo com as características do caso concreto.

O diversificado número de elementos normativos em prol de determinada solução e a força que assumem diante das circunstâncias concretas são os principais critérios que irão orientar a ponderação, paralelamente ao princípio da proporcionalidade.

O Judiciário pode exercer a Ponderação de Interesses em duas situações:

1. *Quando inexistir regra legislativa específica resolvendo determinado conflito entre princípios constitucionais surgido em um caso concreto;*
2. *Quando a regra legislativa em questão tiver sua constitucionalidade questionada, pela via incidental ou direta.*

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Iures, 2000.

O estudo do direito constitucional representa de forma prática o repasse para o plano jurídico do projeto de emancipação da modernidade. As constituições modernas têm o propósito de estabelecer e efetivar determinados parâmetros de justiça, sendo os direitos fundamentais, nesse contexto, o instrumento por excelência de implementação dos valores constitucionais. Estes valores cabem *prima facie* ao Poder Judiciário para não só averiguar e resguardar sua efetividade, mas certificar-se de sua aplicação nos casos concretos a ele apresentado.

III.3 *Judicial Self-restraint*

Em determinada situação fática a corte norte-americana, diante de lei estadual que limitava a liberdade de expressão, tornando crime manifestações que incitassem a tomada do poder nos Estados Unidos, foi dito que quem deve ponderar os fatores relevantes e avaliar que interesse, e em que circunstâncias devem prevalecer, não pode ser o Tribunal, visto não serem corpos representativos da vontade popular. Assim a responsabilidade primária pelo equacionamento dos interesses concorrentes necessariamente pertence ao Legislativo.

Porém, ainda que não materializem a vontade popular por não deterem legitimação via sufrágio universal, representam a vontade do Estado, como sistema idealizado para não só dirimir conflito de interesses, mas para garantir a eficácia de direitos fundamentais protegidos.

Este é o fenômeno da *judicial self-restraint* em que as decisões judiciais que afastam as opções políticas do Legislativo e do Executivo só se legitimam na medida em que se amarram firmemente na Constituição. Toda vez que o julgador, sob o pretexto de dar cumprimento à Constituição, substituir o mérito administrativo do ato do legislador, pelo seu, ficará comprometida a própria legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

O Judiciário só deve pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei, quando, após a exaustão de todas as suas possibilidades exegéticas, resultar evidente a sua incompatibilidade com a Lei Fundamental.

Se o Judiciário averiguar que o administrador público se afasta dos ditames constitucionais, garantidos por direitos fundamentais e determina a sua observância, não estará substituindo a vontade do representante popular pela sua, mas apenas se certificando e garantindo que a ordem jurídica está sendo cumprida.

IV - TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A teoria do mínimo existencial parte da premissa de que fundamentais seriam apenas os direitos consagrados como de primeira geração, visto que, sem as condições sociais mínimas, o ser humano não pode gozar sua liberdade, não pode evoluir.

Às Políticas Públicas cabe o dever de efetivar os interesses sociais, na medida em que a concretização de direitos sociais depende de opções de caráter orçamentário, face a escassez de recursos, que decorrem de limites denominados como “reserva do possível”.

O conceito de Mínimo Existencial se presta a estabelecer quais direitos sociais representam condições para o exercício efetivo da liberdade, o exercício positivo de liberdade.

Ricardo Lobo Torres²⁰ assim define Mínimo Existencial:

*“o mínimo existencial (...) como direito às condições da liberdade, exibe o *status positivus libertatis*. A sua proteção positiva se realiza de diversas formas. Primeiramente pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais, como ocorre na prestação jurisdicional, educação primária, saúde pública, etc. O *status positivus libertatis* pode ser garantido também pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas e privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades. A entrega de bens públicos (roupa, remédios, alimentos, etc.), especialmente em casos de calamidade*

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite, etc.), independentemente de qualquer pagamento, é outra modalidade de tutela do mínimo existencial.”

IV.1 Mínimo Social e Políticas Públicas

Cabe ao Judiciário zelar pela observância da aplicação do mínimo social devido pelo Estado a seus cidadãos, independentemente de políticas Públicas implantadas pelo Executivo e Legislativo, enquanto plano de governo.

Estando presentes os elementos necessários para aplicação do mínimo existencial, deve o Judiciário velar por sua concretização, independente de disponibilidade orçamentária, como entende Luis Roberto Barroso²¹, ainda que vejamos este entendimento com reservas.

Necessário traçarmos uma relação entre Políticas Públicas, Reserva do Possível e Mínimo Existencial. A Reserva do possível está intrinsecamente atrelada às questões orçamentárias, data máxima vênia Luis Roberto Barroso, não há como se conceber impor a garantia do Mínimo Existencial sem recursos, para que de fato se possa implementá-los.

As Políticas Públicas devem ter em mente a diretriz idealizada por aquele sufragado pela maioria popular, mas sem deixar de levar em consideração que a implementação do Mínimo Existencial de forma homogênea para toda população, deva ceder, diante da vontade de implementar esta ou aquela política pública.

Por fim, a consideração acerca de Mínimo Existencial tem de guardar relação fática com as verbas disponíveis dentro de determinado ordenamento jurídico, para que não se caia em demagogias, como infelizmente é o caso da Carta Constitucional de 1988, que, de forma ampla, idealizou este Mínimo, sem levar em conta a extensão territorial de nosso país e o quantitativo populacional, tornando inviável a implementação da infinitude de direitos fundamentais garantidos naquele capítulo da Carta da República.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *A nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2003.

V - O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

Rawls²² pretende buscar a construção de princípios de justiça de acordo com as convicções de uma democracia constitucional.

Ainda que esses princípios tenham fundamento histórico-social, escolhido para um regime democrático, podem ser entendidos como uma concepção de política geral, para sociedades que se desenvolveram sob diferentes aspectos sociais.

V.1 Rawls: Interpretação X Consenso

Vendo na fundamentação um problema, Rawls propõe uma hermenêutica pragmática que, de imediato, põe em confronto a diversidade de interpretação e a questão do consenso.

É essa diversidade que leva os indivíduos a terem distintos conceitos morais, religiosos e filosóficos.

Nesse sentido, tentativas de embasar princípios de justiça em uma única doutrina ou concepção são inaceitáveis para aqueles que tenham aderido a outra corrente. De outra forma não poderia ser. Quando determinado grupo é obrigado a acatar a conceituação tópica de outro grupo, haverá claro descontentamento por parte daqueles obrigados.

Tentando resolver este conflito, vêem-se duas possibilidades de interpretação das tradições políticas e históricas liberais:

- 1) *interpretação de Locke que enfatiza a liberdade dos modernos, da vida cívica, tal como a liberdade de pensamento e consciência, o livre arbítrio;*
- 2) *interpretação de Rousseau, que prima pela liberdade dos antigos, liberdades políticas de igualdade e valores da vida pública.*

Vemos através de Rawls²³ que a teoria da justiça é pragmática em dois sentidos:

²² Apud BARBOSA, Ana Paula Costa. *A legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002.

²³ *Ibidem.*

1. Quando procura fornecer um mecanismo que produza um conjunto de princípios que seja funcional para os membros de um regime democrático e possa ser praticado por eles e que produza um acordo na estrutura básica dessa sociedade.
2. Quando procura produzir um acordo apenas porque descreve o significado de nossa cultura política, compartilhada de forma que é para nós funcional, e por todos nós aceita.

V.2 Rawls: Posição Original²⁴

Partindo para outro tema de cunho filosófico da obra de Rawls, esbarramos na idéia de “Posição Original”, vista num primeiro momento como formulação da estrutura para escolha de princípios de justiça a partir de valores de igualdade e liberdade e a consequente organização das instituições básicas e distribuição dos bens sociais.

Propõe-se a ser uma explicação para os nossos julgamentos e sentimentos morais, daí não ser mera reflexão de nossos julgamentos, mas nos ajuda a formular esses mesmos julgamentos, sendo na realidade fontes idealizadoras.

A posição original de Rawls que justifica nossas visões sobre liberdade, igualdade, justiça e organização das instituições político-sociais e distribuição de bens, melhor se explica sobre a noção de consenso sobreposto, que analisaremos a seguir.

V.3 Overlapping Consensus

A visão que justifica a noção de liberdade, igualdade, justiça, organização das instituições político-sociais pode ser melhor explicada na idéia de “Consenso Sobreposto”- *Overlapping consensus*, como mencionamos no Capítulo anterior.

O consenso sobreposto informa que os membros de uma sociedade podem estar abertos às idéias sociais e políticas uns dos outros, ainda que suas posições venham a divergir. Não obstante, cada indivíduo tem liberdade para ter suas visões autônomas sobre o que significa liberdade, igualdade e justiça e sobre como os prin-

²⁴ *Ibidem.*

cípios decorrentes desses valores devem ser distribuídos em uma sociedade que se está formando.

O consenso sobreposto consiste na possibilidade de uma Sociedade Pluralista, em que não obstante os diversos valores oriundos de diferentes evoluções socioculturais alcancem um consenso comum, em busca do equilíbrio social.

A justiça como eqüidade baseia-se no consenso, não obstante as doutrinas que justificam a concepção de justiça divergirem muitas vezes.

A idéia de justiça é inclusiva por assimilar três doutrinas distintas:

1. *religiosa: aceita a concepção de justiça porque suas próprias idéias envolvem princípios de tolerância e dão suporte às liberdades de uma ordem constitucional;*
2. *liberal: baseia-se nas idéias de “pessoa” e nos valores da vida humana, apoiando ainda a concepção de justiça;*
3. *política: com base a democracia constitucional, que vem a abranger a concepção de justiça.*

Dworkin²⁵ quando trata dos casos difíceis recorre ao Princípio da Integridade, para justificar a tomada de decisões do juiz Hércules, que julga com base na ampla inteligência, sem limitações temporais. É o juiz perfeito, ainda que pairem dúvidas acerca da abordagem hermenêutica apropriada.

CONCLUSÃO

Pela teoria de Rawls²⁶ o tema “Princípios e sua Legitimização” busca conciliar liberdade e igualdade, trazendo à tona a idéia de diferença, que pode ser inserida na liberdade e igualdade.

Só se pode pensar em uma sociedade pluralista e sem diferenças quando se pressupõe que todos devem ser livres e iguais. A discussão entre liberdade dos antigos e dos modernos se dirime

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1985.

²⁶ Ob. Cit.

com o consenso sobreposto, concebido com a constatação de que visões diferentes sobre determinado tema só se tornam possíveis em sociedades democráticas e pluralistas.

É nítido perceber que para Rawls²⁷ a justiça parece ser o valor legitimador dos princípios da liberdade e igualdade, que estarão inscritos no contrato básico que sustentará o Estado, materializado numa Constituição.

A igualdade seria consequência da noção de justiça, sendo a liberdade anterior a ambas, ainda que interaja com elas. Podemos então concluir que Rawls acredita que a idéia de justiça engloba as noções de liberdade, de igualdade e de diferença.

A teoria de Habermas²⁸ não concilia o ingresso de princípios morais no sistema de direitos, em que os princípios jurídicos só têm sua base de justificação dentro do mesmo sistema; não há para ele nenhum princípio, moral ou jurídico, anterior a Constituição, que legitime o mesmo sistema.

Rawls²⁹ adota teoria que indica um caminho a seguir para a formação de uma sociedade abstratamente concebida, que se forma partindo da concepção de um contrato social reconstruído, enquanto Habermas³⁰ acredita que seja constituída sob os alicerces da teoria da comunicação. Porém, vê-se uma função extremamente formalista em sua teoria, na medida em que entende que os princípios não ingressam no sistema jurídico, visto que o princípio do discurso, que fundamenta seu raciocínio, é neutro.

Os direitos fundamentais devem traduzir a noção básica das necessidades de um determinado grupo social, ainda que estas noções não convirjam, se considerarmos cada grupamento social isoladamente. É desta máxima que devemos desenvolver a noção de liberdade e igualdade, na medida em que todos devem ser livres dentro de uma sociedade pluralista a expressar seus anseios e discutir através do debate qual melhor caminho a ser tomado.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Ob. Cit.

²⁹ Ob. Cit.

³⁰ Ob. Cit.

Entretanto o consenso deve ser aceito pelos distintos grupos sociais para que se alcance uma base de direitos fluíveis a todos, tentando sempre conciliar os diversos anseios de cada grupo.

Os direitos fundamentais não podem estar à margem do que se idealizou como “Reserva do Possível”, noção intrinsecamente ligada à questão orçamentária de determinado país, sem o que toda intenção de garantia de direitos fundamentais estará presa a mera noção teórica, sem nenhuma possibilidade fática, pela inviabilidade econômica de sua implementação.

Cabe ao Poder Judiciário como garantidor da legalidade de um ordenamento jurídico velar pela aplicação do mínimo existencial positivado em direitos fundamentais para que possam ser garantidos e implementados estes direitos.

As diretrizes dos mandatários populares concretizadas em políticas públicas devem vincular-se, num primeiro momento, à concretização deste mínimo existencial, para num segundo momento serem concebidas como diretrizes de um crescimento econômico e social. Ressalte-se que não há como haver desenvolvimento em sentido algum se aqueles direitos, elencados como fundamentais, não puderem ser garantidos e implementados, visto que não haverá crescimento homogêneo, resultando na deficiência de um desenvolvimento sustentável para todos do grupo social.■

Acumulação de Subsídios por Membros dos Poderes e Teto Salarial

Carlos Côrtes Vieira Lopes

Procurador Federal. Professor de Direito Administrativo.

O objeto do presente trabalho cinge-se ao limite do teto salarial estipulado para todos os cargos federais e estaduais, o que tem gerado grande discussão na doutrina e jurisprudência. Dúvidas surgem acerca da aplicação desse teto salarial àqueles que acumulam cargos nos Poderes, cuja permissão ocorreu em razão da E.C. nº 20/1998.

Como se sabe, o art. 11 da E.C. 20/1998 resguarda o direito de acumulação de proventos com vencimentos para “membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal”, desde que tenham ingressado no serviço público, novamente, antes da data da publicação da referida norma, qual seja, 16 de dezembro de 1998. “Desse modo, se um Promotor de Justiça ou um Defensor Público se aposentou e, antes da data acima, foi aprovado em concurso para a Magistratura e devidamente nomeado para o cargo de Juiz de Direito (hipóteses não raro ocorridas), fará jus à percepção simultânea dos proventos relativos ao cargo anterior e aos vencimentos do novo cargo.”¹

¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16^a Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 587.

Conforme se infere do inciso XXXVI da CRFB/88, a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O Art. 6º, § 2º, da LICC estabelece que “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

A doutrina e a jurisprudência pátria são assentes no sentido de que o agente público não teria direito adquirido sobre a imutabilidade do regime jurídico a que se submete, v.g. o servidor não teria direito adquirido a imutabilidade de seu estatuto. No entanto, também é pacífico que apesar de não ter direito adquirido à imutabilidade do regime jurídico, o agente público tem direito adquirido sobre os benefícios e vantagens a que fizeram jus por preencherem os requisitos necessários à época da vigência do regime jurídico anterior. Assim assevera Alexandre de Moraes:

“A posição pacificada na jurisprudência da Corte Suprema sobre a inexistência de direito adquirido em relação à imutabilidade do regime jurídico do servidor público, sendo as leis que o alterem aplicáveis desde o início de sua vigência, não afasta a proteção constitucional dos direitos adquiridos relacionados a eventuais vantagens pessoais que já tenham acrescido ao patrimônio do servidor público, pois são coisas diversas.”²

Não há dúvidas de que, com o advento de uma nova constituição, o agente público não poderá alegar qualquer direito adquirido, pois estará diante de uma nova ordem jurídica. No entanto, o agente público não poderá ter suprimido o seu direito por meio de Emendas Constitucionais, tendo em vista que estas se submetem a algumas restrições. Dentre as restrições materiais (cláusulas pétreas) a que se submetem, há vedação expressa à proposta de emenda constitucional que vise à abolição de direitos e garantias individuais. “Sendo assim, se o servidor já tem direito adquirido,

² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 370.

que é um dos vetores dos direitos individuais, não pode sobre a alteração constitucional retroagir para alcançá-lo e suprimi-lo.”³

Nesse sentido, a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“se consuma o suporte fático previsto na lei e se são preenchidos os requisitos para o seu exercício, o servidor passa a ter direito adquirido ao benefício ou vantagem que oferece. (...) Cuida-se nesse caso de direito adquirido do servidor, o qual se configura como intangível mesmo se a norma legal vier a ser alterada.”⁴

Sobre hipótese similar a que é tratada no presente *mandamus*, o mestre continua seus ensinamentos:

“Há uma última consideração a fazer quanto à questão do teto remuneratório. O art. 9º da EC 41/2003 ordenou a aplicação do disposto no art. 17 do ADCT da Constituição a qualquer tipo de remuneração percebida pelos servidores e agente já mencionados, considerando o teto fixado pelo art. 37, XI, da CF. Como o art. 17 do ADCT determina a imediata redução dos vencimentos percebidos em desacordo com as regras constitucionais, sem que o prejudicado pudesse invocar o direito adquirido ao recebimento do excesso, ficou claro que o art. 9º pretendeu fosse também providenciada a imediata redução dos vencimentos percebidos em valor superior ao estabelecido pelo teto.

Tal dispositivo, entretanto, se afigura flagrantemente inconstitucional. O art. 17 do ADCT da Constituição integrhou originalmente a Constituição de 1988; cuida-se, pois, de norma oriunda do Poder Constituinte Originário, contra o qual, afirma a mais autorizada doutrina, não há como invocar direito adquirido. O art. 9º da EC 41/2003, no entanto,

³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 525.

⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 524.

espelha mandamento decorrente do Poder Constituinte Derivado, que é limitado, subordinado e condicionado; segue-se, pois, que deve observar as regras imutáveis da Constituição - as denominadas cláusulas pétreas - insculpidas no art. 60, § 4º, da Constituição, nelas estando incluídas as que dispõem sobre direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, CF).

Ora, não há qualquer dúvida de que a irredutibilidade de vencimentos constitui direito adquirido dos servidores, como transparece do art. 37, XV, da CF. Outra conclusão, assim, não se pode extrair senão a da inconstitucionalidade do citado art. 9º da EC 41/2003. Desse modo, o servidor que, com amparo na legislação pertinente, percebe remuneração superior ao teto fixado no art. 37, XI, da CF (ou provisoriamente no art. 8º da EC 41), não pode sofrer redução em seu montante. O direito do Poder Público, no caso, será apenas o de manter irreajustável a remuneração até que as elevações remuneratórias subseqüentes possam absorver o montante. Na verdade, o correto é considerar no caso a percepção de duas parcelas, uma correspondente ao teto e outra equivalente ao excesso remuneratório. Assim, à medida que for sendo reajustada a parcela relativa ao teto, estará sendo reduzida a parcela referente ao excesso. Em certo momento futuro, esta última parcela será totalmente absorvida e, a partir daí, a remuneração do servidor - agora nos limites do teto - estará em condições de ser reajustada normalmente. O que é juridicamente inviável é que, num estalar de dedos ocorrido sob a égide de emenda constitucional, a remuneração seja simplesmente reduzida a limite remuneratório fixado posteriormente ao momento em que nasceu o direito à sua percepção.”⁵

E, no rodapé da página onde expôs seu ensinamento, menciona que o pensamento de José Afonso da Silva, Celso Antônio

⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 616/617.

Bandeira de Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, expendido em pareceres solicitados pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, acostados ao processo referente à ADIN 3.105, ajuizada pela entidade, é nesse mesmo sentido.

Da mesma forma, é o entendimento de Alexandre de Moraes:

“Ressalte-se que a emenda constitucional somente permanecerá no ordenamento jurídico se em sua edição tiver respeitado as limitações expressas e implícitas decorrentes do art. 60 da Constituição Federal.

(...)

No presente caso, necessária será a realização de uma interpretação conforme sem redução de texto, de forma a reduzir o alcance valorativo dos arts. 29 da EC nº 19/98 e 9º da EC 41/03, com o intuito de compatibilizá-lo com a Constituição, excluindo-lhe a interpretação que lhe conceda retroatividade em relação às situações jurídicas já consolidadas antes, primeiramente, da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, e, posteriormente, da Emenda Constitucional nº 41/2003.

(...)

(...) entendemos inadmissível qualquer interpretação, seja da EC nº 19/98, seja da EC nº 41/03, que possibilite o desrespeito aos direitos adquiridos dos servidores públicos, às vantagens pessoais incorporadas regularmente aos seus vencimentos e, conseqüentemente, integrantes definitivamente em seu patrimônio, em face de desempenho efetivo da função ou pelo transcurso do tempo, como, por exemplo, anuênios ou quinquênios.

(...)

Diferentemente, será o tratamento jurídico-constitucional dos servidores públicos que já têm incorporados ao seu patrimônio vantagens pessoais juridicamente reconhecidas. Em relação a esses, não haverá possibilidade de retroatividade, continuando os mesmos a perceber integralmente seus vencimentos, em face da existência do direito adquirido e da impossibilidade de reconhecer-se uma retroatividade que

desconstitua uma situação jurídica perfeita e acabada, consolidada na vigência da norma constitucional originária anterior, acarretando irregular irredutibilidade de vencimentos, devidamente incorporados ao patrimônio.”⁶

A lição sobre o assunto continua pela lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(...) ao nosso ver, aos que já eram servidores quando entrou em vigor a Emenda 41 não se aplicam nem o teto nem o chamado subteto, dada a irredutibilidade de vencimentos, que não pode ser afetada por Emenda (por se constituir em garantia individual, portanto protegida por cláusula pétreia).

(...)

Feitas estas considerações, percebe-se que Emenda alguma poderia ou pode reduzir vencimentos, pois, se o fizesse agrediria direitos individuais que os servidores públicos, como quaisquer outros cidadãos, têm garantidos pela Constituição. Entre estes direitos está o direito adquirido, previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal - no caso, aos vencimentos que ora percebem. Acresce que - e isto é de suma relevância - a irredutibilidade de vencimentos, que o art. 37, XV, antes do “Emendão”, lhes assegurava em termos diversos dos atuais, é, em si mesma, um direito e uma garantia individual que assistem a cada um dos servidores públicos que dela desfrutavam antes de seu advento.

(...)

(...) acresce que o art. 17 estava reportado a um texto que foi revogado pela Emenda 19 e que, de seu turno, também foi revogado pela Emenda 41, de tal sorte que não mais existe como termo de referência no universo jurídico.”⁷

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 366, 369 e 371.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 254/255, 307/308.

Diogenes Gasparini, com seu profundo conhecimento, assim emenda:

“(...) o alcance dessa regra está restrito aos subsídios, remunerações, proventos das aposentadorias e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias percebidas ilegalmente, pois se auferidas legalmente, ainda que seu somatório seja superior ao mencionado teto, não podem ser reduzidas, vez que consubstanciam direito adquirido, intocável por Emenda Constitucional, submissa aos limites impostos pela Constituição da República.”⁸

Por fim, menciona-se aqui que este é o entendimento, também, dos atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles, que assim concluem:

“(...) temos que o servidor, o inativo ou o pensionista que percebia, quando da publicação da EC 41 remuneração, proventos ou pensão superior ao teto geral previsto no art. 37, XI, da CF, na sua nova redação, não poderá ter redução desse valor. A diferença entre esse valor e o do teto geral deverá ser absorvida por alterações futuras do subsídio, da remuneração ou do benefício.”⁹

A jurisprudência segue este mesmo entendimento:

“MANDADO DE SEGURANÇA. LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CORTE NOS PROVENTOS DECORRENTE DA APLICAÇÃO DO TETO REMUNERATÓRIO PREVISTO NA E.C. n° 41/03, NORMALIZADO POR DECRETO MUNICIPAL. DIREITO ADQUIRIDO. O Impetrado, ao editar o Decreto mencionado nos autos com o objetivo de aplicar na esfera da Administração Municipal o teto remuneratório a que faz alusão o art.8º da E.C.41/03,

⁸ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 10^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 185.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 508/509.

causou uma significativa redução nos proventos do Impetrante, servidor estatutário inativo. A Autoridade Coatora inobservou o princípio da irredutibilidade de vencimentos albergado no art. 5º inc. XXXVI, da nossa Carta Política, ferindo assim direito de há muito adquirido pelo Impetrante, merecedor de proteção pela via mandamental. ‘In casu’, o excedente ao teto configura direito pessoal, comprovado de plano, que não pode ser suprimido por alteração constitucional posterior, sob pena de ferir cláusula pétreia, na forma do art. 60, § 4º, inc. IV, C.F. Ordem concedida, nos termos do voto do Desembargador Relator.” (2005.004.01730 - MANDADO DE SEGURANÇA - DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 08/03/2006 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL DO TJ/RJ)

“MANDADO DE SEGURANÇA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. TETO REMUNERATÓRIO. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIAS. DIVERSIDADE DE FONTES PAGADORAS. DIREITO ADQUIRIDO. IRREDUTIBILIDADE DE PROVENTOS.

1. *Toda Emenda Constitucional está sujeita ao controle jurisdicional, com o fim de preservar a estabilidade da Constituição Federal.*
2. *Os vencimentos percebidos pelos servidores públicos até a promulgação da Emenda Constitucional nº 41 não podem sofrer limitação, sob pena de violação aos princípios da irredutibilidade de vencimentos e do direito adquirido.*
3. *O conteúdo normativo do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias destinava-se, exclusivamente, às situações jurídicas decorrentes da nova ordem constitucional inaugurada a 5/10/88.*
4. *Incabível, por meio de emenda constitucional, emprestar-lhe caráter repristinatório, sob pena de se eternizar norma de conteúdo transitório. Especialmente se se reportava a texto revogado pela de nº 41.*

5. Inaplicável ao impetrante o novo regime previdenciário, se seus proventos relativos a dupla aposentadoria são pagos pelos cofres do Distrito Federal e da União.” (MANDADO DE SEGURANÇA nº 20040020047432MSG - DF - Registro do Acórdão Número: 219056 - Data de Julgamento: 07/12/2004 - Órgão Julgador: Conselho Especial do TJ/DF - Relator: GETULIO PINHEIRO - Publicação no DJU: 11/07/2005)

“MANDADO DE SEGURANÇA - VANTAGENS PESSOAIS - INCORPORAÇÃO - DIREITO ADQUIRIDO - TETO REMUNERATÓRIO - FIXAÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL - PODER REFORMADOR.

Entre os limites impostos pelo Poder Constituinte ao Poder Reformador está a intocabilidade dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, iv, cf/88), entre eles a garantia do direito adquirido (art. 5º, xxxvi, cf/88).

As vantagens de caráter pessoal legitimamente incorporadas aos vencimentos dos servidores públicos constituem direito adquirido, não podendo ser alcançadas pela superveniência de qualquer lei ou Emenda Constitucional.

A fixação de um teto remuneratório poderia servir de instrumento para a concretização do princípio da moralidade, tão necessário ao combate de injustiças sociais. E, para atingir esse objetivo moralizador, seria realmente desejável que o teto de remuneração fosse rigoroso e insuscetível a tentativas de burla. Porém, não se pode admitir que o legislador reformador, ao tentar impedir injustiças sociais, eleja alguns agentes públicos como mártires e, nesse rumo atabalhoados, avance sobre um dos princípios da ordem constitucional vigente, ou seja, que atropele o princípio da segurança jurídica.” (MANDADO DE SEGURANÇA 20040020073037MSG DF - Registro do Acórdão Número: 231778 - Data de Julgamento: 06/09/2005 - Órgão Julgador: Conselho Especial do TJ/DF - Relator: SÉRGIO BITTENCOURT - Publicação no DJU: 09/12/2005)

“Previdenciário. Emenda Constitucional nº 41/03. Teto Remuneratório. Proventos. Redução. Impossibilidade. Com o

advento da aludida Emenda, foi introduzida a norma do art. 9º da EC nº 41/03, explicitando o art. 17 do ADCT, a fim de tentar impedir questionamentos sobre a possibilidade de uma norma constitucional introduzida por Emenda ferir direitos adquiridos. A despeito de tal norma, de nível constitucional, mostra-se cabível a invocação de direito adquirido em face de Emendas Constitucionais, garantia individual que não pode ser ignorada, por compreender cláusula pétreia. In casu, como os montantes percebidos pelo impetrante tiveram seus fatos jurídicos configurados em data anterior à vigência da EC nº 41/03, há direito adquirido à percepção dos proventos no mesmo patamar de suas concessões, não sendo o caso de se aplicar a norma do art. 8º da EC nº 41/03, conforme invocado pelos Impetrados para o fim de definir o teto remuneratório no âmbito da Assembléia Legislativa, mormente por sua natureza transitória.” (MANDADO DE SEGURANÇA - 1.0000.04.408629-6/000(1) - Relator: PINHEIRO LAGO - Data do acórdão - 11/05/2005 - Corte Superior do TJ/MG)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - VANTAGENS PESSOAIS - LIMITE CONSTITUCIONAL DOS VENCIMENTOS OU PROVENTOS - DIREITOS ADQUIRIDOS INATÍNGIVEIS POR EMENDA CONSTITUCIONAL. - Somente o Constituinte originário pode determinar seja atingido o direito adquirido. O Constituinte derivado, ainda que por meio de emenda constitucional, não tem tal poder, pois à lei nova, mesmo constitucional, não cabe desfazer situação jurídica consumada e protegida por cláusulas constitucionais pétreas, nas garantias postas no art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88. - As regras aplicáveis ao teto remuneratório são as existentes antes da edição de emendas constitucionais, quais a de nº 19/98 e 41/2003, devendo, além disso, ser excluídas do cálculo do teto remuneratório, previsto no artigo 37, XI da CF, as vantagens pessoais, consoante dicção do Colendo STF, v.g., “in” RE 220.397-SP, Rel. Min. ILMAR

Essa situação foi, inclusive, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança de nº 24.875, em que “o Tribunal, por maioria, deferiu, em parte, o *writ*, para garantir aos impetrantes o direito de continuarem a receber a vantagem a que se refere o art. 184, da Lei 1.711/52, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do STF.”¹⁰

Se não se entender que se trata de direito adquirido, deve ser observado, ao menos, o critério da ponderação de valores (ou interesses) em cada caso concreto.

A partir da Constituição de 1988, “as normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. (...) A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”¹¹

A doutrina moderna, fundamentando-se nos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, classifica as normas jurídicas em duas espécies, quais sejam as regras e os princípios. “As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção

¹⁰ Informativo 426 do STF.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5 e 14.

do critério da ponderação de valores (ou ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese *sub examine*, será atribuído grau de preponderância. Não há, porém, nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá ser o preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito.”¹²

Ponderação de valores (ou ponderação de interesses) é “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”¹³ “É importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para aplicação do direito.”¹⁴

Ana Paula de Barcellos propõe um modelo de ponderação em três etapas sucessivas. Na primeira etapa, identificam-se os enunciados normativos aparentemente em conflito. Na segunda etapa, examinam-se as circunstâncias do caso concreto e suas repercussões sobre os elementos normativos. Na terceira fase, o intérprete, observando o que já foi verificado nas fases anteriores, fará a atribuição de pesos diferentes sobre os fatos, definindo se é possível conciliar os elementos normativos em tensão ou se algum deles deve preponderar, dando, ao final, a solução ao caso.¹⁵

Humberto Ávila, de modo semelhante identifica três etapas para ponderação. Na primeira, há a preparação da ponderação, na qual analisam-se todos os elementos e argumentos pertinentes, de forma mais exaustiva possível; na segunda, realiza-se a ponderação, em que se fundamenta a relação estabelecida entre os elementos que foram objeto de sopesamento; e, na terceira, faz-

¹² FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16^a Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 15.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Ampliação dos Princípios Jurídicos*. 4^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

se a reconstrução da ponderação, formulando-se regras de relação com pretensão de validade para além do caso.¹⁶

Luis Roberto Barroso, ao prefaciar a obra **Interesses Públicos versus Interesses Privados**, organizada por Daniel Sarmento, utiliza uma distinção que considera fundamental sobre o interesse público:

*“O interesse Público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica - quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.”*¹⁷

Não há que se falar de prevalência absoluta do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado pois, neste caso, não estaria sendo concebível espaço para a ponderação. Isso afrontaria o ordenamento jurídico como um todo, e essa crítica também é feita por Gustavo Binenbojm:

“o referido princípio, por quanto determine a preferência absoluta ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações no caso concreto, termina por suprimir os espaços para ponderações (...) verifica-se não ser possível extrair “o princípio da supremacia do interesse público” da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da Definição à Ampliação dos Princípios Jurídicos.** 4^a Edição. São Paulo: Malheiros, 200 p. 94/96.

¹⁷ SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstituinte o Princípio da Supremacia do Interesse Público.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

tal maneira que aceitá-lo como norma-princípio é deixar subsistir a contrariedade sistemática que representa e afrontar a constante busca pela unidade constitucional. (...) O “princípio” em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos. (...) com efeito, uma norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre os outros não pode ser qualificado como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve ser sempre contextualizado e ponderado com princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos.”¹⁸

Não é diferente a conclusão a que chega Humberto Ávila sobre o mesmo tema, mencionando que deste tema surgem duas importantes consequências:

“Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse “princípio”. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais.”¹⁹

¹⁸BINENBOJM, Gustavo. “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo”, in *Interesses públicos versus interesses privados* (org. Daniel Sarmento), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

¹⁹ÁVILA, Humberto. “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in *Interesses públicos versus interesses privados* (org. Daniel Sarmento), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

A norma que estabelece o teto salarial deve ser observada com bastante cuidado, pois trata-se de uma norma restritiva de direitos. A norma restritiva de direitos deve ser interpretada estritamente, tendo em vista que, em nosso ordenamento jurídico, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CRFB/88), assim, se a norma não restringe o direito, não cabe ao intérprete restringi-lo.

Inobstante, outro fato que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana é a vedação de percepção de dupla aposentadoria nos casos em que se permite essa acumulação. Ora, para se acumular aposentadorias, em razão do período mínimo necessário para aposentadoria no serviço público, certamente o membro do Poder somente poderá obter este novo benefício em dois casos: aposentadoria por invalidez (doença que o incapacita de forma permanente para o labor) ou aposentadoria compulsória (70 anos). Estas duas hipóteses são devidamente protegidas pela Constituição no que tange à proteção ao direito à vida e à saúde, bem como em relação à proteção ao idoso. Será que é razoável que uma pessoa que, após uma vida inteira trabalhando, ao chegar na senilidade, tenha sua renda diminuída pela metade? E em razão de doença incapacitante para o trabalho, quando seus gastos aumentam consideravelmente em razão da necessidade da realização de tratamentos médicos e aquisição de medicamentos, isso seria razoável? Por óbvio, a resposta nesses casos seria negativa.

Nessa hipótese, mais uma vez, há de se observar não só direito adquirido, que não poderá ser excluído por lei, conforme art. 5º, XXXVI, da CRFB/88²⁰, como também o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme explanação supra.

Caso não ocorresse este entendimento, chegaríamos a situações absurdas de violação ao princípio da isonomia, pois a norma vedava a percepção simultânea de duas aposentadorias. Ocorre que não há vedação de percepção de duas pensões por morte no Regime Próprio de Previdência Social. E como já foi dito e repetido,

²⁰Ressalta-se, aqui, que a doutrina majoritária entende que o termo lei previsto no art. 5º, XXXVI, engloba qualquer espécie normativa prevista no art. 59 da CRFB/88.

norma restritiva de direito deve ser interpretada estritamente. Como exemplo, cito o seguinte: João e Roberto, ambos casados e nascidos no mesmo dia, eram promotores de justiça até 1997, quando se aposentaram; resolveram, então, tentar ingressar na magistratura, ambos obtendo êxito. Completariam 70 anos em 10 de junho de 2008, data em que seriam aposentados compulsoriamente. Ocorre que João falece em 9 de junho de 2008, um dia antes de sua aposentadoria, e Roberto, em 11 de junho deste mesmo ano. Nesse exemplo, a pessoa que era cônjuge de João irá receber duas pensões por morte, enquanto a pessoa que era cônjuge de Roberto receberá apenas uma pensão, tendo em vista que, quando da aposentadoria por invalidez, Roberto teria sido obrigado a optar por receber apenas uma das aposentadorias. Será que isso seria razoável? Será que isso seria isonômico?

Diante de todos esses fundamentos, não há como negar que o subsídio dessas pessoas não poderia ser suprimido, ou sequer congelado, pois o congelamento nada mais é do que uma redução gradual dos vencimentos, o que fere o princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Desta forma, posso concluir que as normas que estipulam o teto salarial somente poderiam ser aplicadas para o futuro, sob pena de violar os direitos adquiridos de quem já tinha incorporado essa vantagem. Se assim não fosse, a maioria das pessoas que acumulam esses cargos por permissão da E.C. 20/98 estaria trabalhando por caridade ao governo.■

Os Princípios da Lei 9.099/95

Luciana de Oliveira Leal

Juíza de Direito do TJ/RJ. Mestre em Justiça e Cidadania pela Universidade Gama Filho

A Lei 9.099/95 estabeleceu o rito adotado nos processos em curso perante os Juizados Especiais Cíveis Estaduais, os quais, implantados, representaram grande avanço no acesso à Justiça. Por meio desta Justiça especializada em causas de menor complexidade, vasta gama de conflitos que não eram levados ao conhecimento do Poder Judiciário - em razão da dificuldade de acesso e da desfavorável relação custo-benefício da demanda - passou a ser apresentada às autoridades públicas competentes para o seu julgamento.

Trata-se de rito voltado a atender uma série de princípios que norteiam o processo perante os Juizados Especiais Cíveis, estabelecidos pelo art. 2º da Lei 9.099/95. Para sua plena compreensão se faz necessário, inicialmente, demonstrar o que se entende por princípio. Os princípios desempenham três funções no ordenamento jurídico:

- *são fonte do Direito, quando da insuficiência da regulação manifesta na lei;*
- *são meio interpretativo do Direito, vez que orientam o aplicador acerca dos valores a prevalecerem na aplicação das normas;*
- *e são fundamento da ordem jurídica, na medida em que enunciam os valores por ela adotados.*

Princípios são verdadeiras normas, porém de baixa densidade, dado o grau de abstração de que se revestem. Deles o legislador extrai as regras que vão regular as atividades em sociedade

e o operador extrai a orientação para interpretá-las, de modo a atender aos valores que a ordem jurídica se propõe a tutelar.¹

Há princípios gerais que se estendem sobre todos os ramos do direito. E há princípios que informam ramos específicos ou mesmo determinados institutos componentes de um ramo. São princípios gerais, por exemplo, o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana. Como exemplos de princípios do direito processual destacam-se os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Os princípios previstos no art. 2º, da Lei 9.099/95, de direito processual, se aplicam ora a este como um todo, ora a um de seus sub-ramos (direito processual civil, penal, trabalhista) ora a procedimentos estabelecidos pelos diplomas legais relativos a cada uma dessas áreas do Direito.

Os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade orientam, portanto, a atividade estatal de prestação jurisdicional, seja na aplicação das normas, seja na atividade administrativa desenvolvida como meio de viabilização da tutela a ser prestada. Importante se faz, assim, conhecer o significado teórico e prático de tais princípios, para uma adequada prestação jurisdicional.

PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Trata-se de princípio que, de um lado, representa a adoção de procedimento em que se privilegia a palavra falada, de modo a possibilitar a interação entre as partes, testemunhas, peritos e juiz. De outro lado, abrange em si um complexo de princípios com consequências próprias, que são adotados pela lei processual em maior ou menor grau.² Assim ensina José Frederico Marques:

¹ “Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade. Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição, Malheiros, 2000, São Paulo, p. 263.

² “O Código de Processo Civil unitário de 1939 proclamou solenemente, na Exposição de Motivos, a adoção do procedimento oral. Mas é forçoso reconhecer que hoje é raro o proce-

*“Em relação à oralidade, é corrente, ainda que sob denominação genérica de processo oral se compreenda um conjunto de princípios intimamente ligados entre si, e que a experiência tem demonstrado que, combinados com oralidade, constituem um sistema com características e vantagens próprias. Os mais importantes desses princípios são os da imediação, o da identidade física do juiz, o da concentração e o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias”.*³

Segundo o princípio da imediação, o juiz deverá colher as provas pessoalmente, mantendo contato direto com as provas e as partes. Segundo a identidade física do juiz, deverá decidir aquele julgador que realizou a colheita de toda a prova. A concentração significa que os atos processuais, tais como colheita de todas as provas e manifestação das partes, devem se concentrar em um único momento, em uma só audiência, ou, se inviável, em poucas audiências, realizadas com intervalo de tempo reduzido entre elas. O quarto princípio integrante da oralidade, o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, representa a vedação ao recurso em face de decisões que não tenham por consequência a extinção do processo.

O princípio da oralidade faz-se presente no rito legal adotado para os juizados especiais cíveis por todos os princípios que o compõem.

A prevalência da palavra falada é sentida na obrigatoriedade de realização de Audiência de Instrução e Julgamento, quando não alcançada a conciliação em audiência a este fim destinada, na qual

dimento oral, em sua forma pura. O que se adota é o procedimento misto, na combinação dos dois procedimentos: a palavra escrita pode ter até mesmo acentuada predominância quantitativa, mas a seu lado permanece a falada, como meio de expressão de atos relevantes para a formação do convencimento do juiz. É o sistema brasileiro, tanto no processo civil como no penal.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (2001). *Teoria Geral do Processo*. 17^a ed., São Paulo: Malheiros, p. 325).

³ MARQUES, Frederico (2000). *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 1. ed. atual., Campinas: Millennium, p. 109 . Também neste sentido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *op.cit.* p. 325/6.

se realiza a defesa do réu, a colheita da prova oral e documental, tendo as partes a oportunidade de expor suas razões ao juiz direta e pessoalmente (art. 33, Lei 9.099/95 - princípio da imediação).

Ademais, o registro dos atos processuais é previsto no art. 13, § 3º, da Lei 9.099/95, em termos informais e resumidos, sendo dispensado o registro dos atos que não forem essenciais.

A identidade física do juiz também se faz presente, até mesmo em função do procedimento estabelecido, sendo consequência lógica da imediação, pois a sentença deve ser proferida em audiência.

Por vezes, contudo, não se faz possível a prolação de sentença em audiência de instrução e julgamento. Nesse caso, o juiz deve designar data para leitura de sentença, de preferência uma data próxima à do ato, deixando as partes intimadas para tal. Por força da natureza do rito, o art. 132, CPC, não se aplica aos processos em curso perante o juizado especial cível, sendo a vinculação do juiz decorrente da realização da audiência, independentemente da produção de provas.⁴ Nos estados que adotam a sistemática legal do julgamento pelos chamados juízes leigos, necessariamente a sentença será prolatada em data designada, pois ao juiz leigo não é dado proferir sentença em audiência, em razão da sujeição de sua eficácia à homologação da decisão por juiz togado.

PRINCÍPIOS DA SIMPLICIDADE E DA INFORMALIDADE

Estes princípios são facetas do princípio da instrumentalidade das formas. Parte-se da constatação de que as formalidades em um processo servem a um fim, que é a prestação da tutela jurisdicional para solução da lide existente na relação jurídica material objeto do processo. Portanto, somente se justificam quando favorecem o fim almejado, para o seu estabelecimento.

⁴ Inobstante a diferença de ritos e princípios, o Código de Processo Civil se aplica subsidiariamente aos juizados, pois como é óbvio, a Lei 9.099/95 não oferece solução para todos os incidentes que podem ocorrer em um processo, tendo que se buscar subsídio para um adequado desenvolver do processo nas regras insculpidas no CPC. Prevalece o princípio da especialidade, de modo que naquilo que há previsão expressa na Lei 9.099/95, esta se aplica integralmente. Onde for omissa, aplica-se o CPC, naquilo em que for compatível com o texto da lei e os princípios que a informam.

São exemplos na lei da adoção destes princípios: artigos 13, 14, §§ 1º e 2º, e 36. Assim, somente atos inaproveitáveis devem ser anulados, prevalecendo o ato que alcançou seus fins independentemente da forma adotada para sua realização.

PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

Este princípio “preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”.⁵

Decorre do fato de ser o processo instrumental, em relação ao direito material, objeto da lide. Não se confunde, portanto, com o princípio econômico, relativo à idéia de que os processos não deveriam ser objeto de taxações gravosas, de modo a restringir o acesso à Justiça aos mais abastados.⁶

Importa dizer que o processo deve buscar a máxima efetividade, com o menor dispêndio de dinheiro, de tempo e de atividades dos envolvidos na relação processual.

PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Trata-se de princípio que preconiza a rapidez da resposta estatal à demanda apresentada, por meio da prestação jurisdicional. A respeito, Luiz Guilherme Marinone escreve que:

“as causas submetidas aos Juizados Especiais de menor complexidade (art. 98, I, da CF) exigem solução célere. Na verdade, o legislador está obrigado a instituir um procedimento que confira ao cidadão uma resposta tempestiva, já que o direito de acesso à Justiça, albergado no art. 5º, XXXV, da CF, decorre do princípio de que todos têm direito a uma resposta tempestiva ao direito de ir ao juiz para buscar a realização de seus direitos. Mais ainda se evidencia este direito com o advento do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF,

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel p. 72.

⁶ FUX, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 93.

que estabelece expressamente o direito à tempestividade da prestação jurisdicional.”⁷

A relevância do princípio se encontra na necessária solução breve do conflito fático que embasa a relação jurídica processual. A demora na prestação jurisdicional contribui, de um lado, para a perpetuação do conflito, e de outro, para a busca de soluções concretas paralelas pelos envolvidos, o que pode acarretar consequências desastrosas para a sociedade. Lembre-se de que o Estado avocou a si a função de solucionar os conflitos de interesses, vedando-se ao indivíduo a autotutela. Se, contudo, não se mostrar capaz de apresentar solução rápida aos conflitos que lhe forem entregues, naturalmente haverá por parte dos envolvidos a busca de outras soluções - ainda que não consentâneas com o Direito - retornando-se a um estado de autotutela real, embora não jurídico.

CONCLUSÃO

Os princípios que informam o rito adotado nos Juizados Especiais determinaram a formulação das regras legais pertinentes ao procedimento estabelecido, de modo a atendê-los ao longo do processo. Mas a previsão legal dos princípios não basta.

Os princípios processuais devem informar, sobretudo, a direção do processo pelo juiz e a atuação de partes e advogados, de modo a torná-los efetivos, para que a tutela jurisdicional seja prestada a tempo e de forma a efetivar o direito material que contém e tutela.■

⁷ MARINONE, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, *Processo de Conhecimento. Curso de Processo Civil*, v. 2, 7^a Ed., São Paulo, 2008, p. 706.

Os Vinte Anos da Constituição da República Federativa do Brasil: Retrospectiva, Perspectiva e Prospectiva

Guilherme Peña de Moraes

Membro do Ministério Pùblico do Estado do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ, FEM-PERJ, FESUDEPERJ e CEPAD/RJ. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-RJ.

1. INTRODUÇÃO

O artigo que ora vem a lume encerra uma proposta de sistematização dos avanços e retrocessos da dogmática constitucional durante os vinte anos de vigência do “Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia”¹.

Nesta ordem de idéias, o trabalho foi desenvolvido a partir de três enfoques: i) o retrospectivo, referente aos processos de mudança da Constituição no passado, ii) o perspectivo, relativo às funções do Estado, isolada ou reciprocamente consideradas, no presente, e ii) o prospectivo, respeitante à teoria dos direitos fundamentais no futuro.

2. RETROSPECTIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil foi objeto de processos formais e informais de mudança.

¹ GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, na Sessão solene de promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 *in Revista de Informação Legislativa*, n° 100, 1988, p. 5.

Formalmente, seis Emendas foram elaboradas pela revisão constitucional, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, na forma do art. 3º, *in fine*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias², sem prejuízo de cinqüenta e seis Emendas ultimadas pelo poder de reforma constitucional, pelo voto de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois turnos, nos termos do art. 60, § 2º da Constituição da República³. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade, liminar ou definitivamente, do art. 2º, § 2º da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que permitia a cobrança do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira no mesmo exercício em que havia sido instituído⁴, do art. 5º da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que dispunha sobre o regime jurídico único⁵, do art. 1º da Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999⁶, que autorizou a União a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos seriam destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999, do art. 4º, parágrafo único, incs. I e II da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que estabeleceu tratamento discriminatório entre servidores públicos inativos e pensionistas da União, de um lado, e servidores públicos inativos e pensionistas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de outro lado, para efeito de contribuição previdenciária⁷, do art. 5º, § 1º, *in fine* da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que possibilitava a indicação e escolha intempestivas dos nomes dos membros do Conselho Nacional ao Ministério Público da União⁸, e do art. 2º da

² CORREIA, Inocêncio Serzedelo. *A Revisão Constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1904, p. 13.

³ FERREIRA, Luiz Pinto. *O Poder de Reforma Constitucional*. 1ª ed. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1995, p. 7.

⁴ STF, ADIn nº 939, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 15.12.1993, DJU 18.03.1994.

⁵ STF, ADIn nº 2.135, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 02.08.2007, DJU 07.03.2008.

⁶ STF, ADIn nº 2.031, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 03.10.2002, DJU 17.10.2003.

⁷ STF, ADIn nº 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 18.08.2004, DJU 18.02.2005.

⁸ STF, ADIn nº 3.472, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 28.04.2005, DJU 10.05.2005.

Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, que afastou a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias na eleição que ocorreria a menos de um ano da data de sua vigência⁹.

Informalmente, os processos de mudança da Constituição são reunidos sob a epígrafe “mutação constitucional”¹⁰, “transição informal”¹¹ ou “vicissitude tácita”¹².

Com efeito, a mutação constitucional é delineada como processo informal, no qual há a alteração do contexto, sem que o texto da Constituição seja modificado, a partir da constatação de que a norma constitucional, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente, em razão de nova percepção do Direito ou de transformação da realidade de fato.

Demais disso, a transição informal, limitada pelas possibilidades semânticas do relato da norma e preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição, é instrumentalizada pela interpretação administrativa ou judicial, bem assim pela atividade legislativa e pelos costumes, com vistas à superação da clássica antinomia entre a normatividade e a facticidade, imposta pelo positivismo jurídico.

Exemplo de vicissitude constitucional tácita reside no art. 52, inc. X, da Constituição do Brasil, que confere ao Senado Federal a atribuição de suspender, no todo ou em parte, a execução de norma legal cuja inconstitucionalidade tenha sido declarada por decisão definitiva da Excelsa Corte, de maneira a possibilitar que as declarações de inconstitucionalidade do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso-incidental, quando a validade de lei ou ato normativo houver sido discutida em tese, sejam revestidas de eficácia *erga omnes* e vinculante, independentemente da suspensão de execução da norma legal pelo Senado Federal. A doutrina de Luiz Flávio Gomes elucida

⁹ STF, ADIn nº 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 22.03.2006, DJU 10.08.2006.

¹⁰ BULOS, Uadi Lammégo. *Mutação Constitucional*. 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3^a ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.228.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2^a ed., v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 131-132.

que “a decisão da Suprema Corte, na prática, mesmo quando se dá num caso concreto, acaba produzindo efeito contra todos e possui eficácia vinculante, na medida em que a lei foi discutida em tese. O descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal, para além de retratar uma convicção ideológica conflitiva com o Estado constitucional e democrático de direito, dará ensejo à promoção de reclamação constitucional junto ao Excelso Tribunal”¹³. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 82.959, em que se discute a progressão do regime prisional nos crimes hediondos, é firmada no sentido da “possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade da norma legal não produzir consequências jurídicas com relação às penas já extintas, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão de regime prisional”^{14/15}.

3. PERSPECTIVA

O núcleo sobre o qual se debruça a moderna teoria do Direito Público gira em torno da redefinição do sistema de freios e contrapesos e, por via de consequência, do redimensionamento das funções do Estado, isolada ou reciprocamente consideradas¹⁶.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. “Efeitos do Controle de Constitucionalidade Difuso Abstrativizado” in *Consulex - Revista Jurídica*, nº 221, 2006, p. 47.

¹⁴ STF, HC nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.02.2006, DJU 01.09.2006.

¹⁵ Na legislação, a mutação constitucional de que foi objeto a norma veiculada pelo art. 52, inc. X, em razão de nova percepção do Direito Positivo submetido à interpretação doutrinária e judicial, foi traduzida pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, *in extenso*: “a pena por crime hediondo será cumprida inicialmente em regime fechado. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes hediondos, dar-se-á após o cumprimento de dois quintos da pena, se o apenado for primário, e de três quintos, se reincidente”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10.04.2008.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223.

Em si, as funções estatais são reformuladas pela adoção de um novo modelo de consensualidade e subsidiariedade do Estado, no qual a organização política é convertida em instrumento a ser conduzido e controlado pela sociedade, no sentido de reequilibrar a relação entre esta e aquele, com a conseqüente reestruturação da legislação, pela atribuição legal de poder normativo a agências reguladoras para o estabelecimento de diretrizes, em atenção ao marco regulatório definido em lei ordinária, da administração, pela transferência da execução de atividades públicas a entidades privadas, por via da qual se dá a redução do tamanho do Estado a dimensões adequadas para desempenhar as funções que lhe comete a sociedade, e da jurisdição, pelo uso de precedentes judiciais de aplicação obrigatória, tais como os enunciados ou verbetes da súmula da jurisprudência predominante com eficácia vinculante¹⁷.

Entre si, as funções estatais são reformuladas pelo advento de um novo modelo de controle interorgânico, no qual há a sobreposição das atividades do Estado, com o conseqüente regime de colaboração de poderes, tal como o controle do processo legislativo pelo Poder Executivo, o controle da organização judiciária pelo Poder Legislativo e o controle das omissões administrativas pelo Poder Judiciário, de maneira que os Magistrados devem funcionar como agentes de mudanças sociais, na qualidade de co-responsáveis pela atividade providencial do Estado contemporâneo, sendo-lhes imposta a execução, e não a formulação, de políticas públicas^{18/19}.

¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.

¹⁸ GOUVÉA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.

¹⁹ Na jurisprudência, a tutela específica de obrigação de fazer, simbolizada pela possibilidade de o Poder Judiciário impor a disponibilização orçamentária dos recursos necessários para a consecução das obrigações da Administração Pública ou, em casos urgentes, o remanejamento dos valores consignados para determinadas atividades, dentro dos limites do orçamento, foi admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, *in textus*: “outorga judicial de tutela específica de obrigação de fazer para que a Administração Pública destine do orçamento verba própria para cumpri-la”, “a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas”. STJ, REsp nº 429.570, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 11.11.2003, DJU 22.03.2004 e STJ, REsp nº 493.811, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 11.11.2003, DJU 15.03.2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 05.07.2008.

4. PROSPECTIVA

As investigações científicas a respeito dos direitos fundamentais, à luz da teoria constitucional de Erhard Denninger, serão jungidas à “segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade”²⁰.

A segurança não se coaduna com a definição tradicional de soberania, sendo certo que, na ordem interna, o Estado perde a capacidade de regular todas as condutas desenvolvidas nos limites do seu território, bem assim, na ordem externa, a superioridade bélica de algumas organizações políticas possibilita intervenções militares sobre as outras, que não dispõem de força para dissuadir pretensões externas²¹.

A diversidade compreende a homossexualidade, a troca de sexo e a recusa a tratamentos médicos que levem à morte, tendo em vista que “o processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro supõe um comportamento distinto do comportamento dos demais indivíduos, podendo, por isso, ser englobado sob o rótulo de ‘direito a ser diferente’”²².

O conceito de solidariedade não é uníssono, uma vez que cinco significados podem ser delineados. Fator social, dado que a solidariedade demarca a natureza fundamentalmente social da pessoa humana. Virtude ética, eis que a solidariedade denomina a obrigação de não fazer aos outros o que se não deseja que lhe seja feito, correlata à irmandade. Comunidade de interesses, já que a solidariedade denota que os interesses subjacentes são recobertos do mesmo valor no conjunto de pessoas, correlativa à lealdade. Comportamento pragmático, posto que a solidariedade descreve a conduta dirigida a evitar prejuízos pessoais e/ou institucionais a

²⁰ DENNINGER, Erhard. ‘Security, Diversity, Solidarity’ instead of ‘Freedom, Equality, Fraternity’ in *Constellations*, n° 7, 2000, p. 509. V., também, do mesmo autor: “Recht und rechtliche Verfahren als Klammer in einer multikulturellen Gesellschaft in Summa. Dieter Simon zum 70”. *Geburtstag*. 1^a ed. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 117-132.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Estado e Direitos Fundamentais em face da Globalização” in *Arquivos de Direitos Humanos*. 1^a ed., v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 101.

²² LORENZETTI, Ricardo Luís. “A Proteção do Indivíduo através dos Direitos Fundamentais” in *Fundamentos do Direito Privado*. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 154.

outrem, consentânea com a cooperação. Princípio jurídico, visto que a solidariedade designa a atuação de proteção da pessoa humana, pelo instrumento da justiça distributiva, com o desiderato de obter a igualdade material ou real, vedados os preconceitos de qualquer natureza^{23/24}.

²³ MORAES, Maria Celina de. “O Princípio da Solidariedade” in *Os Princípios da Constituição de 1988*. 1^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167.

²⁴ Na doutrina, Paulo Castro Rangel adverte, *in verbis*: “num contexto de sociedade democrática, que não posterga, antes reafirma e louva, o postulado da dignidade humana, parece singularmente conseguida a formulação do programa constitucional alternativo adiantada por Erhard Denninger. Como alavancas temáticas desse programa, o Autor propõe uma nova trilogia democrática, não necessariamente contraditória com a anterior - diversidade, solidariedade, segurança, lá onde antes se proclamava liberdade, igualdade, fraternidade. Impõe-se, por isso, esclarecer o sentido que, nesta ‘reconstituição’, se atribui a cada uma daqueles étimos. A diversidade garante a afirmação do direito dos diferentes sujeitos à sua identidade, à co-existência e à co-determinação da ordem política nacional, global e de outras sub-ordens (regionais, funcionais, etc.). De algum modo, para o bem e para o mal, chegou ao fim a era da igualdade. A compensação desta especial valorização da diversidade e da perda de relevância da igualdade acha-se naturalmente na consagração do princípio da solidariedade. A ideia, no fundo, de que aqueles que de nós se diferenciam, efetivamente e apesar disso (ou até por causa disso), contam para nós. A solidariedade é aqui herdeira direta da fraternidade. Finalmente, o mais difícil, a elevação da segurança a étimo democrático (lá onde antes figurava a liberdade). Quando fala em segurança, Denninger pensa essencialmente nas incertezas e ameaças da vida moderna, as tais da ‘ordem do risco’. Por isso, individualizou a segurança contra os riscos tecnológicos (devassa informática, manipulação genética, falhanço de sistemas mecânicos ou técnicos de proteção, produtos farmacêuticos e químicos), autonomizou a segurança contra os riscos ambientais e, em matéria de direitos sociais, teorizou a segurança contra os riscos sociais (doença, invalidez, velhice, desemprego)”. RANGEL, Paulo Castro. “Diversidade, Solidariedade e Segurança (notas em redor de um novo programa constitucional)”. Disponível em: <http://www.oa.pt>. Acesso em: 20.09.2008.

A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena

Felipe Machado Caldeira

Professor de Direito Penal da UERJ. Monitor acadêmico de Direito Penal e de Direito Processual Penal da EMERJ.

INTRODUÇÃO

Desde a origem da civilização, o ser humano começou a interagir com a natureza e com outros seres humanos. A partir da percepção do mundo natural que o cerca, o ser humano adquiriu conhecimentos sobre os fenômenos naturais e desenvolveu formas de controlá-los, por meio do desenvolvimento da tecnologia (controle objetivo ou tecnológico). Por outro lado, o desenvolvimento das relações intersubjetivas propiciou que os seres humanos adquirissem conhecimentos sobre a sua posição, individual ou coletiva, em sociedade, bem como que passassem a compreender o seu mundo e as normas que o disciplinam e orientam as suas condutas em sociedade (controle subjetivo ou social), baseados em traços morais e éticos da convivência coletiva com o escopo de promoção da convivência harmônica, estável e pacífica em sociedade. O sistema jurídico-penal se insere como um subsistema dentro do controle social formal, ocupando o espaço destinado à transformação dos conflitos mais graves com os meios mais rigorosos.

Foi desta forma que as sociedades se formaram e desenvolveram, assumindo características e perculiaridades próprias e, dada a sua complexidade e heretogeneidade - desde as mais antigas até as modernas -, além da multiplicidade de suas necessidades existenciais, surgem os conflitos, naturais e sociais, cada vez mais intensos, complexos e profundos. Neste contexto, a manutenção e a expansão das sociedades só foi possível em razão do desen-

volvimento e aperfeiçoamento de meios de controle, objetivo (ou tecnológico) e subjetivo (ou social).

O estudo da História do homem demonstra que estas formas de controle jamais possuíram um equilíbrio, o que enseja uma série de consequências, principalmente a decadência da sociedade. Na Idade Antiga, observa-se que, apesar de um escasso controle tecnológico, as sociedades tinham complexos e efetivos sistemas de controle social. Na Idade Contemporânea, por sua vez, os controles tecnológicos possuem um desenvolvimento e avanço extraordinário e maravilhoso¹; por outro lado, esta sociedade contemporânea vivencia um profundo abalo nos seus meios de controle social, distanciando-se cada vez mais dos valores éticos e morais que devem orientá-la.

Importa, porém, afirmar que a repercussão deste desequilíbrio entre as formas de controle alcança, inclusive, o Direito. A cultura, que pode ser concebida como o conjunto de controles tecnológicos e sociais, não é elaborada, em tempos de pós-modernidade, por toda a sociedade, e sim por parte dela, que constitui a classe dirigente democraticamente eleita, vez que a titularidade do poder soberano pertence ao povo. A esta classe dirigente é atribuída a tarefa de buscar a solução para todos os problemas da sociedade. Ocorre que, quando os desafios físicos ou sociais não são enfrentados e respondidos, a classe dirigida se insurge contra a classe dirigente na busca mediata de transformações e imediata de soluções. É neste quadro caótico, experimentado principalmente pelo modelo formal de controle social, que o Direito Penal ganha destaque e passa a ser percebido, ingenuamente pela classe dirigida e maliciosamente pela classe dirigente, como a solução para todos os males que a sociedade contemporânea vivencia. Por outro lado, a sociedade realiza constantes julgamentos morais, políticos e sociais, ao sabor das notícias e dos valores expressos pela mídia, sob a influência da emoção, amor e paixão. Ocorre que este tipo de controle não

¹ A título exemplificativo, vale citar o desenvolvimento da tecnologia espacial, o desenvolvimento da engenharia genética etc.

pode ser efetivado pelo Direito Penal, que é um controle normativo, e não apaixonado.

Neste sentido, a maliciosa classe dirigente, ao invés de direcionar os seus esforços para o desenvolvimento e aperfeiçoamento das formas de controle social informal, inicia um processo amplo e exaustivo de incremento do controle social formal por meio da elaboração de leis penais como uma solução aos problemas existentes. Desta forma, passa uma aparente sensação de paz e tranqüilidade à ingênuo classe dirigida quando está, na verdade, fomentando ainda mais o desequilíbrio necessário entre o controle social formal e o informal, bem como entre o controle tecnológico e o controle social.

A consequência deste processo desenfreado é a existência de um número excessivo de leis penais, porém sem qualquer efetividade. A sociedade contemporânea não observa as leis penais porque não se importa com ela ou porque tem conhecimento da sua falta de efetividade, ou até mesmo porque sequer tem o conhecimento da sua existência.

Ocorre que, por outro lado, o Direito Penal é uma forma de transformação social dos conflitos desviantes, uma vez que assegura as expectativas de conduta, determina os limites da liberdade de ação humana, sendo, pois, um meio de desenvolvimento cultural e socialização. O fato de que o Direito Penal é equipado com instrumentos rigorosos face aos conflitos desviantes mais graves requer a mais elevada cautela e precaução no trato com estes instrumentos. A esta cautela se denomina formalização do controle social - é por isso que se afirma que o Direito Penal é um meio de controle social formal -, que necessita de limites substanciais ao controle do crime: a vinculação da atuação jurídico-penal aos princípios valorativos (proporcionalidade, dignidade da pessoa humana etc.). Nesta linha de raciocínio, num Estado Social e Democrático de Direito, o Direito Penal passa a assumir as funções de proteção efetiva dos seres humanos, e a sua missão de prevenção ocorrerá na medida do necessário para aquela proteção, dentro dos limites fixados pelos princípios democráticos. Desta forma, a prevenção realizada pelo Direito Penal é limitada, e permite

combinar a necessidade de proteger a sociedade com as garantias aos seres humanos oferecidas pelos princípios limitadores (matriz constitucional penal proibitiva).

Esta exposição introdutória reflete no Direito Penal em sua totalidade. O estudo que se pretende, por ora, limita-se à teoria da pena, especialmente uma abordagem histórica, filosófica e teórica da pena, passando pelas Idades Antiga (ou Antiguidade), Média, Moderna (ou Modernidade) e Pós-moderna (ou Contemporânea, ou Pós-modernidade). Este estudo objetiva não apenas a compreensão da evolução da teoria da pena, mas principalmente a reflexão sobre a sua eficiência ou não no modelo da sociedade contemporânea.

1. MOVIMENTOS HISTÓRICO, FILOSÓFICO E TEÓRICO²

A importância do estudo dos movimentos histórico, filosófico e teórico se liga à possibilidade de compreensão ampla e sistemática de qualquer instituto jurídico. Desta forma, é possível o estudo do instituto jurídico dentro de seu contexto histórico, filosófico e teórico para, posteriormente, interpretá-lo e aplicá-lo no seu exato sentido e extensão, porém, de forma contextualizada.

No Brasil, a doutrina não sistematiza de maneira uniforme este estudo. Com base nos grandes movimentos penais, sob o ponto de vista da legislação de cada Estado e em cada momento histórico, Roberto Lyra expõe que são cinco os momentos identificáveis³: o período da vingança privada, o período da vingança divina, o período da vingança pública, o período humanitário e o período científico; entretanto, em um estudo ainda mais profundo, identifica-se um período anterior: o período da reação social. Já Alceu Corrêa Júnior e Sérgio Salomão Shecaira⁴ optaram por eleger três períodos da história do homem: Antiguidade, Idade Média e Idade

² A origem da pena coincide com o surgimento do Direito Penal, em virtude da constante necessidade de existência de sanções penais em todas as épocas e todas as culturas. A pena é a consequência jurídica principal que deriva da infração penal.

³ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2^a ed., Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 12.

⁴ CORRÊA Júnior, Alceu; SHECARIA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Moderna que, todavia, são insuficientes à sua exata compreensão. Raymond Saleilles⁵, por sua vez, se preocupa em sistematizar a evolução da pena entre as escolas penais (clássica e positivista), o que também é insuficiente, dada a restrição temporal que compreende este estudo. Por fim, Guilherme de Souza Nucci⁶ não se preocupou em identificar os períodos da história da humanidade em correspondência com a evolução da pena.

Desta forma, no intuito de sistematizar estes movimentos da teoria da pena, relacionando-os aos períodos da história da humanidade, o seu estudo será feito a partir das quatro eras da História da Europa⁷ - cenário no qual a teoria da pena se desenvolveu -, quais sejam, a Idade Antiga (ou Antiguidade), a Idade Média, a Idade Moderna (ou Modernidade) e a Idade Contemporânea (ou Pós-Modernidade).

1.1. Idade Antiga ou Antiguidade

1.1.1. Compreensão histórica do período

A Idade Antiga (ou Antigüidade) foi o período que se estendeu desde o desenvolvimento da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e o início da Idade Média (século V). A importância do estudo deste período se prende, para fins do estudo do Direito, principalmente a dois fatores: (i) foi nesta era que se formaram os primeiros Estados organizados com certo grau de nacionalidade, de territórios e organizações mais complexas; (ii) foi o período no qual algumas das

⁵ SAILEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel. 2006.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2^a ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁷ A fase da pré-história é o período da história que antecede o desenvolvimento da escrita (evento que marca o começo dos tempos históricos registrados), que ocorreu aproximadamente em 4000 a.C.. A transição para a "história propriamente dita" se dá por um período chamado proto-história, que é descrito em documentos, mas são documentos ligeiramente posteriores ou documentos externos. O termo pré-história mostra, portanto, a importância da escrita para a civilização ocidental. Uma vez que não há documentos desse momento da evolução humana, seu estudo depende do trabalho de arqueólogos ou antropólogos, como por vezes de outros cientistas, que analisam restos humanos e utensílios preservados para determinar o que acontecia. Desta forma, o presente estudo se dará a partir da Idade Antiga, período em que se iniciou a escrita.

religiões ainda existentes tiveram origem e se desenvolveram, entre elas o cristianismo, o budismo, o confucionismo e o judaísmo.

1.1.2. Compreensão histórica, filosófica e teórica da pena neste período

O ser humano sempre viveu agrupado, em virtude de seu nítido impulso associativo e lastreou, no seu semelhante, suas necessidades, anseios, conquistas, enfim, sua satisfação. E desde os primórdios, o ser humano violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação um castigo (sanção). No inicio, a punição era uma reação coletiva contra as ações anti-sociais. Inicia-se, portanto, o período da reação social⁸. O Direito Penal, neste período, era a tradução, no domínio das leis positivas, das necessidades de defesa social; ou melhor, é o próprio instrumento de defesa social adaptado às exigências da idéia de justiça⁹. Reflete nada mais do que a reação da sociedade proclamada pela perda da paz, cuja consequência, tal conforme observa Nilo Batista, consiste até na expulsão do agressor da tribo, do clã etc; ou seja, do corpo social¹⁰.

Desta forma, a pena possuía uma dupla finalidade: (a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus Deuses e forças mágicas, (b) evitar o contágio pela mácula de que se contaminara o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais. Neste sentido, a pena já começa a ganhar os contornos de retribuição, uma vez que, após a expulsão do indivíduo do corpo social, ele perdia a proteção do grupo ao qual pertencia, podendo ser agredido por qualquer pessoa. Aplicava-se a sanção como fruto da liberação do grupo social da ira dos deuses em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria

⁸ Conforme registra Nilo Batista, “havia uma coesão social muito intensa; o indivíduo extrai do clã ao qual está filiado, para além de auxílio e solidariedade, a essência de sua integração e reconhecimento sociais”. BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, I. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000, p. 32.

⁹ SALEILLES, Raymond. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁰ *Ibid.*, p. 33.

sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais - que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza - razão pela qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. Por outro lado, caso não houvesse sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria a todo o grupo.

Após o período da reação social, ganha espaço o período da vingança privada. O corpo social cresce e começa a se dividir em grupos menores e secundários, e a idéia de vingança privada surge quando a agressão a um membro do grupo por um membro de outro grupo gera reação vingativa por parte do grupo ofendido, porém, em uma forma de vingança coletiva¹¹. A punição era imposta exclusivamente como vingança pelo próprio ofendido, sem que houvesse qualquer relação com a pessoa do criminoso ou com o crime cometido. Neste período, a Lei de Talião ganhou destaque. Revela-se aqui o primeiro traço do princípio da proporcionalidade¹² - ainda que em seu aspecto meramente formal - entre a pena e o crime, ao prescrever a máxima “olho por olho, dente por dente”¹³.

Havia vingança privada na origem das sociedades, que os particulares realizavam por um ato de guerra. O que foi ofendido pega em armas e declara guerra ao seu agressor. O duelo é a forma primitiva do Direito Penal; a idéia de sanção e de reprovação era completamente estranha.

Com o desenvolvimento dos grupos sociais e seu apego à religião, vem o período da vingança divina, quando as normas possuíam natureza religiosa e, portanto, o agressor deve ser castigado para aplacar a ira dos deuses e reconquistar a sua benevolência. A

¹¹ CORRÊA Júnior, Alceu; SHECARIA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 26.

¹² Segundo observa Guilherme de Souza Nucci, o princípio da proporcionalidade na aplicação das penas surgiu, primeiramente, no Código da Dinastia Chon (1122 aC), embora definitivamente consagrado, nos meios jurídicos, a partir da obra “Dos delitos e das penas”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 59.

¹³ Na China, as penas variavam da pena de morte para o homicídio e da castração para o estupro até uma marca na testa para os delitos menores. Penas como o espancamento não eram estranhas. Na Índia, as penas de multa eram destinadas às pessoas hierarquicamente superiores, que ficaram eximidas das penas corporais. No Egito, a revelação de segredos era punida com a amputação da língua.

prova dos fatos era feita através das ordálias ou “prova de Deus”: se a pessoa andasse sobre o fogo e não tivesse queimaduras, seria inocente; do contrário, seria culpada.

Por fim, se segue o período da vingança pública. A idéia de paz social começou, pouco a pouco, a progredir, e se consideraram as guerras privadas como obstáculos à paz pública. Então a coletividade se interpôs para fazê-las cessar. Ademais, com a evolução das organizações sociais e o avanço e reforço da vida política, surgiram comunidades maiores e com tendência de centralizar o poder, passando a pena a representar uma reação desta coletividade, com o objetivo de autopreservação. Dessa concepção já se pode extrair a idéia de prevenção da pena, uma vez que a preservação antecede qualquer forma de agressão ao bem jurídico tutelado pena norma.

Portanto, desde o início a pena surge em sua função muito mais do que individual. É uma reação social contra os elementos refratários às condições de vida coletiva; é a pena no interior do grupo, a pena interna, mas é uma defesa contra os inimigos do exterior a pena exterior. Onde quer que exista um grupo organizado (família, clã ou tribo), encontramos estas duas formas de pena: a pena proteção, sob o aspecto exterior, e a pena expiação, sob o aspecto interior.

Com efeito, talvez a característica mais marcante da Idade Antiga não seja o estudo dos períodos de fundamentação da pena, mas a sua forma de execução. A idéia de privação da liberdade como forma de punição era completamente estranha; a pena possuía uma função meramente acautelatória do corpo do sentenciado para posterior aplicação da pena de morte.

1.2. Idade Média

1.2.1. Compreensão histórica do período

A transição da Idade Antiga para a Idade Média é marcada por inúmeros acontecimentos históricos, especialmente no âmbito político: (193 d.C.) tem início a crise do terceiro século no Império Romano; (285 d.C.) Diocleciano salva o Império Romano do colapso, dando a ele seu último fôlego; (313 d.C.) com o Édito de Milão,

o cristianismo deixa de ser perseguido; (391 d.C.) com o Édito de Tessalónica, Teodósio I torna o cristianismo a religião oficial do Império Romano; (451 d.C.) a Batalha dos Campos Cataláunicos na qual o exército romano sai vencedor, porém com enormes perdas; (476 d.C.) queda definitiva do Império Romano do Ocidente.

Este período foi tradicionalmente delimitado com marcos em eventos políticos. Nestes termos, o seu início tem como marco a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (476 d.C.), e término com o fim do Império Romano do Oriente, com a Queda de Constantinopla, no século XV (1453 d.C.). Pode-se falar, ainda, numa subdivisão em períodos menores, em três fases: Idade Média Antiga (ou Alta Idade Média ou Antigüidade Tardia) que decorre do século V ao X; Idade Média Plena (ou Idade Média Clásica), que se estende do século XI ao XIII; e Idade Média Tardia (ou Baixa Idade Média), correspondente aos séculos XIV e XV.

No final do século XIV e início do século XV, com o fim do Império Romano¹⁴ e o surgimento da peste negra¹⁵, passa-se à Idade Moderna (ou Modernidade).

¹⁴ Por volta do século III, o Império Romano passava por uma enorme crise econômica e política. A corrupção dentro do governo e os gastos com luxo retiraram recursos para o investimento no exército romano. Com o fim das conquistas territoriais, diminuiu o número de escravos, provocando uma queda na produção agrícola. Na mesma proporção, caía o pagamento de tributos originados das províncias. Em crise e com o exército enfraquecido, as fronteiras ficavam a cada dia mais desprotegidas. Muitos soldados, sem receber soldo, deixavam as obrigações militares. Os povos germânicos, tratados como bárbaros pelos romanos, estavam forçando a penetração pelas fronteiras do norte do império. No ano de 395, o imperador Teodósio resolve dividir o império em: Império Romano do Ocidente, com capital em Roma e Império Romano do Oriente (Império Bizantino), com capital em Constantinopla. Em 476, chega ao fim o Império Romano do Ocidente, após a invasão de diversos povos bárbaros, entre eles, visigodos, vândalos, burgúndios, suevos, saxões, ostrogodos, hunos, etc. Era o fim da Antigüidade e início de uma nova época chamada de Idade Média, uma etapa necessária na História e que abriu caminho para o Renascimento.

¹⁵ Em meados do século XIV, uma doença devastou a população europeia. Historiadores calculam que aproximadamente um terço dos habitantes morreram em decorrência desta doença, de guerras e da fome. A peste negra era transmitida através da picada de pulgas de ratos doentes. Estes ratos chegavam à Europa nos porões dos navios vindos do Oriente. Como as cidades medievais não tinham condições higiênicas adequadas, os ratos se espalharam facilmente. Após o contato com a doença, a pessoa tinha poucos dias de vida. Febre, mal-estar e bulbos (bolhas) de sangue e pus espalhavam-se pelo corpo do doente, principalmente nas axilas e virilhas. Como os conhecimentos médicos eram pouco desenvolvidos, a

1.2.2. Compreensão histórica, filosófica e teórica da pena neste período

Neste período da história, o Direito Canônico exerceu grande influência, pois a Igreja adquiria cada vez mais poder e suas decisões eclesiásticas eram executadas por tribunais civis. A pena possuía um caráter precipuamente sacral, de base retribucionista, porém - e aqui o seu mérito¹⁶ - , já com preocupações de correção do infrator, além de consolidar a punição pública como a única justa e correta. Vale destacar, ainda, que foi neste período, mais precisamente no século V, que produz-se o primeiro antecedente substituto da pena de morte: a Igreja, para punir clérigos faltosos, usava aplicar como penalidade a reclusão em celas ou a internação em mosteiros.

Surge, então, a privação da liberdade como pena: a prisão eclesiástica, que tinha por finalidade fazer com que o recluso meditasse, refletisse e arrependesse da infração cometida. Cárcere como penitência e meditação, originando a palavra “penitenciária”. Esta foi a grande contribuição deste período da história para a teoria da pena.

1.3. Idade Moderna ou Modernidade

1.3.1. Compreensão histórica do período

O fim da Idade Média está relacionado a grandes transformações, como a ascensão das monarquias nacionais européias; o início da recuperação demográfica e econômica após a peste negra; os descobrimentos marítimos; o movimento de redescoberta da cultura clássica, por volta do século XV; e a reforma protestante, a partir de 1517.

Tradicionalmente aceita-se o início estabelecido pelos historiadores franceses, em 1453, quando ocorreu a tomada de Constantinopla pelos Turcos otomanos, e o término com a Revolução Francesa, em 1789. Entretanto, apesar de a queda de Constantinopla ser o evento mais aceito, não é o único. Têm sido propostas

morte era certa. Para complicar ainda mais a situação, muitos atribuíam a doença a fatores comportamentais, ambientais ou religiosos. Muitos fugiam para o campo com medo de serem infectados.

¹⁶ CORRÉA Júnior, Alceu; SHECARIA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 31.

outras datas para o início deste período, como a conquista de Ceuta pelos portugueses em 1415, a viagem de Cristóvão Colombo ao continente americano em 1492, ou a viagem à Índia de Vasco da Gama em 1497. A noção de “Idade Moderna” tende a ser desvalorizada pela historiografia marxista, que prolonga a Idade Média até o advento das Revoluções Liberais e o fim do regime senhorial na Europa, devido à ampla ação das Cruzadas, que expandiram o comércio na Europa. Algumas correntes historiográficas anglo-saxônicas preferem trabalhar com o conceito de “Tempos Modernos”, entendido como um período não acabado, introduzindo nele subdivisões entre *Early Modern Times* (mais antiga) e *Later Modern Times* (mais recente), ou então procedem a uma divisão entre sociedades pré-industriais e sociedades industriais. A dificuldade da delimitação cronológica do período se deve, principalmente, às divergências de interpretação quanto à origem e evolução do sistema capitalista.

Contudo, o período histórico, que vai do século XV ao XVIII, é genericamente percebido com um “período de transição”, sendo este que interessa à teoria da pena. Como resultado de inúmeras guerras religiosas, a pobreza se generaliza pela Europa, crescendo o número de desafortunados e, consequentemente, o número de delinqüentes. Este quadro social faz com que o Direito Penal passe a ser utilizado como instrumento de segregação social, com a utilização do trabalho forçado do condenado.

A época moderna pode ser considerada exatamente como uma época de “revolução social”, cuja base consiste na substituição do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista. A partir do século XV o comércio cresceu extraordinariamente, fruto, naturalmente, de modificações ocorridas no interior das sociedades feudais europeias (aumento da população, crescimento das cidades, desenvolvimento das manufaturas etc.).

1.3.2. Compreensão histórica, filosófica e teórica da pena neste período

Durante a Idade Moderna, novamente o Direito Canônico exerceu grande influência. A pena desenvolve seus traços de resso-

cialização, na constante busca da melhora e bem estar do criminoso. Supera-se a idéia de que, para a justiça criminal, o delinquente não era mais do que a individualidade abstrata e anônima; não se levava em consideração que por debaixo das equações e fórmulas, se julgavam realidades vivas, seres humanos, cujo futuro moral e social era o resultado de um problema por resolver.¹⁷; ele ganha individualidade, porém esta doutrina se desenvolve de forma tímida até o início da Idade Contemporânea quando, a partir do Iluminismo, a proteção do homem ganha impulso.

1.4. Idade Contemporânea ou Pós-Modernidade

1.4.1. Compreensão histórica do período

A Idade Contemporânea é o período específico atual da história do mundo ocidental, iniciado a partir da Revolução Francesa (1789 d.C.). O seu início foi bastante marcado pela corrente filosófica iluminista, que elevava a importância da razão. Havia um sentimento de que as ciências iriam sempre descobrindo novas soluções para os problemas humanos, e que a civilização humana progredia a cada ano com os novos conhecimentos adquiridos.

Com a ocorrência das duas grandes guerras mundiais, o ceticismo imperou no mundo, com a percepção de que nações consideradas avançadas e instruídas eram capazes de cometer atrocidades dignas de bárbaros. Decorre daí o conceito de que a classificação de nações em mais desenvolvidas e menos desenvolvidas têm limitações de aplicação.

1.4.2. Compreensão histórica, filosófica e teórica da pena neste período

A modernização do Direito Penal é marcada pelo Iluminismo e a partir das contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Fenenbach (Alemanha), Beccaria,

¹⁷ Conforme observa Raymond Salleiles, “esta concepção é uma construção abstrata do Direito Penal, que só leva em consideração o crime e ignora os criminosos” SAILEILLES, Raymond. *Op. cit.*, p. 28.

Filangieri e Pagano (Itália), grandes pensadores iluministas e elaboradores de princípios iluminados no projeto de uma sociedade baseada na razão, nascem as grandes idéias sobre a soberania da lei, sobre a defesa dos direitos subjetivos e sobre as garantias necessárias no processo penal e sobre a oportunidade de racionalizar as penas numa relação o mais objetivo possível com a gravidade do delito e o dano infligido à sociedade.

Inicia-se o período humanitário da pena e surge a Escola Clássica do Direito Penal que, com base na idéia de livre-arbítrio do ser humano, abandona o caráter cruel e irracional das penas para se aproximar da idéia racional e humanitária da pena, com base na proporcionalidade entre o crime e a respectiva sanção, uma vez que, conforme observa Antonio Moniz Sodré de Aragão, “o criminoso é penalmente responsável, porque tem a responsabilidade moral e é moralmente responsável porque possui livre-arbítrio. Este livre-arbítrio é que serve, portanto, de justificação da pena que se impõe aos delinqüentes como um castigo merecido, pela ação criminosa e livremente voluntária”¹⁸

Decorreu a caráter humanitário da pena foi a sua contraposição ao arbítrio e à prepotência dos juízes, com a idéia de que somente as leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las. Houve preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário; a sociedade voltava-se contra o terrorismo punitivo, uma vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social.

Até então, a pena não possuía um caráter utilitário, e não se concebia a punição de um crime pela privação da liberdade; a custódia possuía a mera função de guardar o corpo do condenado para, posteriormente, sofrer a pena que, na maioria das vezes, era a de morte ou de multilações. A pobreza se generalizou, aumentando o número de desafortunados e delinqüentes. Sob a ótica da política criminal, a morte passava a não ser a solução mais

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 66.

adequada, uma vez que não poderia ser aplicada a tanta gente¹⁹. Por outro lado, já que se passava pelo período do desenvolvimento do sistema econômico do capitalismo, esses desafortunados e delinqüentes passaram a ser aproveitados como mão-de-obra gratuita, o que permitia, ainda, a manutenção do controle sobre ela. A idéia de prisão como forma de privação da liberdade surge, na verdade, mais como uma ideologia do modo de produção capitalista do que com o propósito humanitário e idealista de reabilitação do condenado; havia uma necessidade urgente e emergente de mão-de-obra e, também, de controlar essa massa delinqüente que acabara de surgir. Desta forma, a prisão surge em razão da necessidade do regime econômico capitalista em crescente desenvolvimento, e também como forma de controle social da classe que dominava tal regime, possuindo, na verdade, finalidade de controle social (da classe dominante, burguesa, sobre a dominada, proletariado). Havia o aumento da pobreza e da mendicância causadas pelas mudanças socioeconômicas e pela ineficácia da pena de morte e, do outro lado, as razões econômicas da classe burguesa em ascensão, que precisava ensinar o modo de produção capitalista e, ao mesmo tempo, controlar os trabalhadores, além de garantir mão-de-obra barata em épocas de pleno emprego e altos salários. Houve, ainda, uma crescente valorização da liberdade e destaque para o racionalismo, bem da vida mais importante e forma mais humana de pena. Ademais, havia a necessidade de ocultação do castigo para evitar a disseminação do mal causado pelo delito. Todos estes fatores colaboraram para a consolidação da prisão como pena.

Todavia, como o crime passou a ser tratado como um ente jurídico e não como um simples fato do homem, a Escola Clássica, que definia a pena não somente como castigo, mas precípua mente como retribuição - o criminoso era ignorado, voltando-se a atenção para o crime, sendo a pena proporcional a este, e não àquele -, perde espaço para a Escola Positiva, que colocou o homem como

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão, causas e alternativas. 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

centro do Direito Penal, dando à pena o escopo da ressocialização do criminoso; a pena não é considerada apenas como um castigo, mas como um instrumento da sociedade e de reintegração do criminoso a ela²⁰.

A Escola Positiva ou Antropológica surge com a obra “**O homem delinquente**” (1876), de Cesare Lombroso, e teve como defensores Ferri (Alemanha) e Garofalo (Itália). O pilar desta Escola está na idéia de que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma, o homem nasceria delinquente, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social, trazendo como consequência o crime, algo naturalmente esperado. Não haveria, portanto, o livre-arbítrio.

O ser humano seria responsável pelos danos que causasse simplesmente porque vivia em sociedade, uma vez que o fundamento da punição era a defesa social e não o castigo²¹; todos os homens são socialmente responsáveis por viverem em sociedade, razão pela qual a pena se justifica como um direito inalienável e natural da sociedade de se defender²², inclusive na hipótese na qual o ser humano tenha uma anomalia congênita, hipótese em que o motivo para a defesa social seria ainda maior, pois por ser ele escravo das suas paixões, deve ser preso.²³ “É precisamente porque não sois livre, mas escravo, que vos tratamos como escravo e vos prendemos.”²⁴ Por conseguinte, a pena não tem o fim de punir o mal pelo mal, mas de defender a sociedade, com “a eliminação dos indivíduos inassimiláveis”.²⁵ Se a sanção social não tem relação com a responsabilidade moral, então não se podem aplicar penas iguais a indivíduos diferentes (é a adaptabilidade das penas ao delinquente).

²⁰ CORRÊA Júnior, Alceu; SHECARIA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 33.

²¹ ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)*. 8^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 267.

²² *Ibid.*, p. 268.

²³ *Ibid.*, p. 273.

²⁴ *Ibid.*, p. 273.

²⁵ *Ibid.*, p. 278.

Conforme observa Antonio Moniz Sodré de Aragão, “a escola Antropológica baseia-se no método positivo. A observação rigorosa e exata dos fatos é a fonte única e o fundamento racional de suas conclusões indutivas. O assunto primordial dos seus estudos é a pessoa real e viva do delinquente, e não a figura abstrata e jurídica do crime”.²⁶

A Escola Positivista exerceu forte influência sobre o campo da individualização da pena - supera a idéia de proporcionalidade da Escola Clássica levando em consideração, por exemplo, a personalidade e a conduta social do criminoso para o estabelecimento da justa sanção.

Enquanto os clássicos olvidavam a necessidade de reeducação do condenado, os positivistas fechavam os olhos para a responsabilidade resultante do fato, ao fundar a punição no indeterminado conceito de periculosidade, e conferir poder ilimitado ao Estado, ao mesmo tempo em que não resolve o problema do delinquente ocasional, portanto, não perigoso, pois “o assunto primordial dos seus estudos é a pessoa real e viva do delinquente, e não a figura abstrata e jurídica do crime.”²⁷

Por fim, surgem as Escolas Críticas ou Ecléticas que também se desenvolvem sobre a idéia de que a pena funcionaria como uma forma de defesa social, mas diferenciam-se da Escola Positiva ou Antropológica, pois admitiam que os loucos sejam suscetíveis a mudanças bruscas nas atitudes, tendo em vista castigos ou recompensas.²⁸ Se, por um lado, a sociedade odeia os delinqüentes e vibra quando um é punido, por outro lado, os loucos deixaram de ser odiados como eram um século antes.²⁹ Agora, eles passam a ser considerados irresponsáveis, ao contrário do que pregavam os clássicos, que diziam serem todos responsáveis, por causa do livre-arbítrio. A loucura passa a ser concebida como uma moléstia como outra qualquer.³⁰ Portanto, o Direito Penal deve estudar o

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 67.

²⁷ ARAGÃO, Antionio Moniz Sodré. *Op. cit.* p. 43.

²⁸ *Ibid.*, p. 296.

²⁹ *Ibid.*, p. 297.

³⁰ *Ibid.*, p. 299.

criminoso como espírito e matéria, como pessoa humana, em face dos princípios éticos a que está sujeito e das regras jurídicas que imperam na vida social, e também ante as leis do mundo natural que lhe afetam a parte contingente e material.

Durante o século XIX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, surgiram novos movimentos dogmáticos denominados Nova Defesa Social, que se afastam do positivismo e voltam a afirmar o livre-arbítrio como fundamento da impunidade, demonstrando que o crime é expressão de uma personalidade única, impossível de haver padronização. Têm por mérito reconhecer que a prisão é um mal necessário - uma vez que ainda não se formulou um substituto a ela - embora possua inúmeras consequências negativas, devendo-se, todavia, abolir a pena de morte e descriminalizar certas conduta, como aquelas consideradas crimes de bagatela, evitando-se o encarceramento indiscriminado. O ineditismo da Nova Defesa Social, ao formular a teoria da prevenção geral positiva, que é a sua única finalidade, concentra-se apenas em negar os outros de seus aspectos, como a retribuição e a prevenção especial.

CONCLUSÕES

1. Traçadas as linhas gerais do estudo histórico, filosófico e teórico da pena proposta pela doutrina, observa-se a sua insuficiência para a compreensão pela sociedade contemporânea. Insuficiente, pois além da grande limitação que promove no estudo da teoria da pena, ensejando o seu engessamento, mostra-se contraditória: enquanto se admite, na formulação histórica e filosófica, que a sociedade contemporânea experimenta o pós-positivismo, ainda que implicitamente, por dedução dos argumentos expostos, no plano teórico não há a preocupação de promover a sua adequação e compatibilização entre os planos filosófico e teórico; limita-se, por consequência, a uma análise extremamente positivista com o escopo, equivocadamente, de preservar a segurança jurídica.

2. Embora não se neguem os méritos de cada construção, é necessário um aprofundamento teórico-filosófico para o fim de sua exata compreensão e inteligência e superação da crise e insufici-

ência da teoria da pena noticiada por Cezar Roberto Bitencourt em razão de inúmeros fatores, tais como: (a) o ambiente carcerário é autêntica antítese da comunidade livre, não permitindo qualquer trabalho útil de ressocialização, até porque a pena estigmatiza; e (b) na maior parte das prisões do mundo, as condições materiais e humanas não permitem a concretização da meta de reabilitação do sentenciado; pelo contrário, o fator prisionalização faz com que o recluso aprofunde sua identificação com os valores criminais, embora nunca se tenha estabelecido, com precisão, o real alcance que a prisão exerce sobre cada detento, até porque cada um reage de forma diversa ao cumprimento da pena.³¹

3. Esta reformulação da teoria da pena deve, necessariamente, passar pelos planos da constitucionalização do Direito e da internacionalização dos Direitos Humanos, de forma a conformá-la à evolução teórico-filosófica da Idade Contemporânea.■

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 70/71.

O Princípio da Proporcionalidade

Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir

Fábio Roque da Silva Araújo

*Juiz Federal/BA. Professor Universitário e
do Curso de Especialização em Direito Pe-
nal e Processo Penal da Escola dos Magis-
trados da Bahia (EMAB) - Salvador.*

1. INTRODUÇÃO

Desde as mais primitivas formas de organização social, o homem convive com fórmulas de retaliação a comportamentos considerados desviantes. Seja por meio de represálias oriundas de particulares, seja por punições emanadas do poder constituído pelo grupo social, as penas constituíram uma constante na história da humanidade. Encontrar os fundamentos de (des) legitimação deste poder punitivo é a questão que intriga e aflige tantos quantos se debruçaram sobre as razões de existência do direito penal.

Estabelecidas estas premissas, cumpre-nos asseverar que o presente trabalho, sem pretensões de exaurir as discussões, objetiva apontar os fundamentos de legitimação do poder de punir do Estado, detentor monopolista do exercício da violência, adstrin-gindo os limites deste poder aos vetores axiológicos traçados pela Constituição. No que concerne à nossa realidade, sustentamos e

procuramos demonstrar que a ordem constitucional acolheu um paradigma garantista, propugnando uma intervenção penal mínima e funcionalizada.

Para tanto, faz-se necessário, além de desenhar um perfil histórico da evolução da ingerência penal na dinâmica social, ressaltar que o ato de criminalizar condutas não prescinde da observância de determinados pressupostos de cunho material, a par do mero formalismo da reserva legal. Neste contexto, sobressai em importância o princípio da proporcionalidade, como idôneo a delinear os contornos do *jus puniendi*, seja em sua feição abstrata - isto é, relacionada ao ato de legislar, de definição das condutas consideradas criminosas e cominação das sanções respectivas -, seja em sua feição concreta - dirigida ao aplicador da pena. No presente trabalho, nosso objeto de estudo cinge-se à análise do princípio voltado ao legislador penal.

2. BREVE HISTÓRICO: EVOLUÇÃO DO PODER DE PUNIR

2.1. As vinganças

As primeiras notícias históricas que se tem do direito penal apontam para a sua estreita relação com as vinganças que se desenvolviam nas comunidades da Idade Antiga ou, até mesmo, da pré-história. Convencionou-se proceder a uma distinção entre as espécies de vingança, de acordo com o fundamento da punição a ser imposta. Assim, neste período, podem ser identificadas, ao menos, três distintas espécies de vingança, a saber: (i) vingança divina; (ii) vingança privada e (iii) vingança pública.

A primeira espécie de vingança é fruto da forte influência exercida pela religião nos povos da antiguidade. Neste período, acreditava-se que os fenômenos naturais que traziam algum revés à população decorriam da insatisfação dos deuses, ofendidos com algum comportamento de membros do grupo. Desta forma, o comportamento desviante não constituía afronta ao indivíduo ou ao grupo social, mas sim aos próprios deuses que, como retaliação, lançavam sua ira contra a população, em forma de catástrofes naturais, ou fenômenos naturais mais corriqueiros, como a ausência de chuvas ou as constantes ventanias, empecilhos à produção agrícola ou pesqueira, fonte de produção das comunidades.

Claro está que a forma de aplacar a ira dos deuses era a promoção da reprimenda em desfavor daquele que havia originado a revolta divina por meio da infração totêmica. Para logo se vê que não havia proporcionalidade entre a infração praticada e a sanção aplicada. Sendo os deuses as “vítimas” da infração, pouco importava que a conduta praticada contivesse mínimo grau de levidade. A pena obedecia ao critério de veneração da divindade, razão pela qual quanto mais severa fosse, maior o desagravo aos deuses.

Em suma, o período da vingança divina caracterizou um direito penal teocrático e sacerdotal, em que as punições possuíam acentuado grau de severidade, desproporcionais à ofensa praticada, e que tinham na intimidação seu objetivo maior. A vingança divina marcou uma série de civilizações, podendo-se mencionar, de forma exemplificativa, o Código de Manu, bem como as legislações do Egito (Cinco Livros), da Pérsia (Avesta), de Israel (Pentateuco) e da China (Livro das Cinco Penas)¹.

Ultrapassada a fase das vinganças divinas, houve a consagração das vinganças privadas, que poderiam ser tanto de cunho individual (a revanche da vítima ou de seus familiares contra o ofensor) quanto de cunho coletivo, grupal. Freqüente, ainda, a exclusão de um membro do grupo - isto é, o banimento - quando este era o responsável pela infração, no que se convencionou chamar de “perda da paz”². Em contrapartida, se a ofensa partisse de um membro de outro grupo, tal atitude fatalmente ocasionaria a deflagração de uma guerra grupal, a chamada “vingança de sangue”.

Com o passar do tempo, e o conseqüente abandono da organização tribal e a acolhida de concepções mais requintadas de organização, o controle social passou a ser exercido pela vingança pública. Ainda não havia que se falar em proporcionalidade entre

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, volume 1, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.36.

² “Perdida a paz, estava o homem exposto à morte, não só porque, rompidos os vínculos mágicos ou de sangue com o clã, ficava à mercê da violência dos outros, mas ainda porque sozinho, no mundo de então, deserto de homens, dificilmente poderia defender-se das forças hostis da natureza, cósmicas ou animais” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33).

delito e pena. As sanções eram desproporcionais, extremamente severas, orientadas pela idéia de intimidação, e possuíam por característica, sobretudo, a idéia de tutela do soberano.

2.2 Direito penal. Primeiras noções de proporcionalidade

Como visto, os primeiros tempos do direito penal³, foram marcados pela desproporção entre o ato praticado e a sanção respectiva. A primeira concepção de obediência à proporcionalidade entre delitos e penas surge com o famigerado Código de Hamurabi que, ao institucionalizar a lei do talião, preconizou um limite objetivo à reprimenda penal.

Muito embora a idéia de “olho por olho, dente por dente” possa trazer consigo uma carga de crueldade e desumanidade na aplicação das sanções, o fato é que, ao preconizar que a reprimenda deveria ser idêntica à lesão perpetrada, a lei do talião institucionalizou a idéia de proporcionalidade entre o delito e a pena, constituindo progresso em relação ao quadro anterior⁴. Demais disso, relevante deixar consignado que a lei do talião fora acolhida não apenas pelo Código de Hamurabi, mas por inúmeras outras legislações da antiguidade, como a Lei das XII Tábuas dos romanos e o Pentateuco hebreu.⁵

Outra notícia histórica que se tem da proporcionalidade entre delitos e penas, insculpida em um documento, refere-se à Magna Carta, de 1215, cujo teor previa que condes e barões haveriam de ser castigados apenas pelos seus iguais, e na proporção

³ Para alguns autores, sequer há que se falar em direito penal quando da vigência das vin-ganças divina e privada. Neste sentido, BITENCOURT, César Roberto. Ob. cit., p. 38.

⁴ “O talião, que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela vindita defensiva (olho por olho, dente por dente)”. FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução: Luis Lemos D’Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 22.

⁵ Em que pese o cristianismo possuir matriz hebraica, cumpre ressaltar que a lei do talião foi defenestrada por esta corrente de pensamento, na medida em que, para Jesus Cristo, nas palavras do apóstolo Mateus, *in verbis*: “Ouviste que foi dito: olho por olho, e dente por dente. Eu, porém, vos digo que não resistais ao mal; mas se qualquer te bater na face direita, oferece-lhe também a outra; e ao que quiser pleitear contigo, e tirar-te o vestido, larga-lhe também a capa” (Mt, 05: 38-40).

da gravidade das ofensas praticadas⁶. A despeito do seu caráter elitista, a Magna Carta representa um importantíssimo documento no sentido da consolidação de direitos⁷, dentre os quais se inclui, como visto, a proporcionalidade da sanção penal.

2.3. Período Humanitário

A previsão de relativa proporcionalidade entre os delitos praticados e as sanções penais a serem impostas não eliminava a crueldade das penas. Com efeito, até o século XVIII os países da Europa conviviam com execuções bárbaras, transformadas em tenebrosos espetáculos públicos⁸. Se é certo que a proporcionalidade já conduzia o poder público a repudiar tais excessos para os delitos de pouca monta, isto é, de baixa lesividade, é certo também que, quando da prática de crimes considerados mais graves, a prática destas atrocidades constituía uma constante.

Tal quadro começa a sofrer alteração com o advento dos ideais iluministas. No campo das ciências criminais, as idéias sufragadas pelos pensadores iluministas caminharam no sentido da humanização da intervenção penal. De início, imperioso destacar que, com fundamento no direito natural, os iluministas sustentavam que toda pessoa possuiria direitos inalienáveis, imanentes à sua própria natureza⁹, razão pela qual a intervenção penal há de obedecer a critérios de racionalidade.

Sob outra perspectiva, no campo estritamente político, os pensadores iluministas insurgiam-se contra o poder absoluto do monarca. Ora, sendo o direito penal o meio pelo qual o poder público exerce a violência, legitimamente monopolizada por ele,

⁶ “Earls and barons shall be fined only by their equals, and in proportion to the gravity of their offense” (item 21).

⁷ “Se é certo que a Magna Charta efetivamente deixou a esmagadora maioria da população sem acesso aos direitos nela previstos, não menos é que serviu como um dos marcos para a consolidação de importantes direitos e garantias fundamentais, como o caso do *habeas corpus* e do direito de propriedade” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42).

⁸ Para uma breve noção do que aqui se afirma, cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramalhete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 09-10.

⁹ Neste sentido, paradigmática a frase de Jean-Jacques Rousseau: “O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros” (In: *O contrato social e outros escritos*. Tradução: Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995. p. 21).

a limitação do poder monarca relaciona-se intimamente com os freios à persecução criminal.

Nesta senda, sobressai-se em importância, além da obra de célebres autores, como Rousseau e Montesquieu¹⁰, o opúsculo “dos delitos e das penas”, de Cesare de Bonesana, o Marquês de Beccaria. A par de uma série de limitações ao poder punitivo, preconizada por Beccaria, destaca-se, também, a idéia de proporcionalidade.¹¹ A vitória do ideal liberal iluminista acarreta a consagração dos valores atinentes à humanização da intervenção penal, com a consequente proscrição da barbárie estatal até então em vigor.

Relevante destacar que esta humanização das sanções penais trouxe consigo o reforço à noção de proporcionalidade, plasmada no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.

3. A CRÍTICA DO SISTEMA PENAL: POR QUE E COMO PUNIR?

3.1. A criminologia crítica e os abolicionistas. Por que punir?

O direito é uma das inúmeras formas de controle social. Além da regulamentação jurídica, as “normas” de convivência, não institucionalizadas, oriundas da dinâmica social, da conjuntura do espaço cultural e da religião, para citar apenas algumas, compõem o que se pode chamar de controle social. Quando estas formas de controle se mostrarem insuficientes, deve-se fazer valer o quanto prescrito pelas normas jurídicas.¹² Demais disso, antes

¹⁰ Também Montesquieu defendeu a idéia de proporção entre o delito e a pena, *in verbis*: “É um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas” (*In: O espírito das leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 103).

¹¹ Para Beccaria: “Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinqüir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.” (*In: Dos delitos e das penas*. Tradução: J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37).

¹² Na linha da doutrina majoritária, utilizamos a expressão normas jurídicas, muito embora a pertinência da distinção de Eros Roberto Grau, para quem: “O que em verdade se inter-

de se recorrer às normas penais, devem ser exauridas as instâncias extra-penais (civil, administrativa, etc.), razão pela qual se diz que o direito penal é orientado pela idéia de *ultima ratio*, isto é de subsidiariedade.

O sistema penal, por seu turno, engloba todos os setores que se aproximam intimamente do poder de punir, desde a criminalização da conduta até a execução da pena a ser aplicada. Desta forma, legisladores, policiais, promotores, magistrados, o público e os funcionários envolvidos nas respectivas atividades compõem o sistema penal¹³.

A ineficiência do sistema penal, no que concerne aos fins a que se propõe, aliado a seu flagrante caráter seletivo, impulsou críticas, não apenas ao seu modo de funcionamento, mas à sua própria existência. As primeiras vozes que se insurgiram, não apenas de forma pontual, contra o sistema penal partiram de pensadores ligados à linha marxista.

Com efeito, pautados na concepção do marxismo clássico-ortodoxo de que a infra-estrutura econômica, consubstanciada nas formas de produção e reprodução dos bens materiais, determina e condiciona a superestrutura jurídica (além da política e ideológica), referidos pensadores identificaram o direito como instrumento mantenedor de privilégios de classe. Nesta senda, sendo certo que o direito penal é o braço armado do Estado, recaíram sobre o sistema penal as críticas mais acerbas, como maquinário de exclusão e segregação.

Esta linha de pensamento, que condena o sistema penal como um todo, identificando-o como instrumento de repressão a serviço

preta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo" (In: *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23).

¹³ Frise-se, todavia, que esta a noção de sistema penal em seu sentido limitado, na medida em que, consoante as lições de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, sistema penal em sentido amplo deveria ser entendido “[...] como ‘controle social punitivo institucionalizado’; nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal” (*Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 69).

de determinada estrutura social classista¹⁴, ficou conhecida como criminologia crítica ou radical¹⁵, e dela derivou a insurgência contra a legitimidade do próprio direito de punir. Posteriormente, estas correntes contrárias ao direito de punir - ditas abolicionistas, porquanto sustentam a abolição do sistema penal como um todo - se afastaram do marxismo ortodoxo, mas continuaram identificando no sistema penal um teor seletivo e excludente, porquanto o formalismo da isonomia jurídica não possui o condão de eliminar a desigualdade material que lhe é subjacente.

Discorrendo sobre as principais críticas apresentadas ao sistema penal e, em particular, à pena privativa de liberdade, Gamil Föppel el Hireche¹⁶ apresenta as seguintes: (i) o cárcere não educa, ao revés, embrutece e dessocializa; (ii) o custo de manutenção dos presídios é excessivamente alto, e os valores despendidos em sua construção/manutenção deveriam ser canalizados para a prevenção ao crime, com significativos investimentos na formação das pessoas; (iii) o sistema penal seleciona suas vítimas nas classes mais humildes; (iv) dentre os delitos praticados, é irrigório o quantitativo daqueles que chegam a ser sancionados (cifras ocultas);¹⁷ (v) a persecução criminal pressupõe uma estigmatização, que se inicia antes mesmo da aplicação da pena; (vi) em nome do direito penal, cometem-se uma série de violações aos direitos humanos, como mortes e torturas; (vii) o direito penal, para além de deblar o crime, cria-o, por meio da construção de rótulos e etiquetas (teoria do etiquetamento, *labelling approach*).

¹⁴ Em obra clássica sobre o tema, escrita em 1939, Georg Rusche e Otto Kircheimer asseveram que: “Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção” (In: *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2004, p. 20).

¹⁵ O alinhamento à corrente marxista é expresso por parte dos adeptos da criminologia crítica. Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos afirma que: “O compromisso da Criminologia Radical é com a abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder [...]” afirmando que a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe - e sua condição é a transformação socialista [...]” (A criminologia radical. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006, p. 36).

¹⁶ In: *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 116-127.

¹⁷ Sobre o tema, cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3^a ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002, p.102-104.

3.2. Minimalistas e garantistas. Como punir

Não apenas os abolicionistas se insurgiram contra a seletividade do sistema penal, mas também os minimalistas, que, em síntese, sustentam que a tutela penal há de ser mínima, isto é, adstringir-se a situações excepcionais em caráter subsidiário, referindo-se a casos extremos, em que as demais formas de tutela (jurídica ou extra-jurídica) não surtam efeitos. Desta forma, em que pese assentirem em boa medida com as críticas ao sistema penal, os minimalistas sustentam a manutenção do poder de punir estatal, conquanto a intervenção penal seja mínima, excepcional.

Não se pode deixar de aludir, ainda, ao garantismo penal, que também repudia o abolicionismo, pugnando pela existência de uma tutela penal racional que respeite uma esfera mínima de direitos que não poderão ser tolhidos ou ameaçados. Procurando explicitar o significado do garantismo, Luigi Ferrajoli ressalta que, *in verbis*:

“Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. [...]. em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. [...]. Segundo um terceiro ‘significado’, por fim, ‘garantismo’ designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade” (In: Direito e razão: teoria do garantismo pe-

nal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 785-787).

Em suma, o garantismo penal almeja estabelecer parâmetros de racionalidade à intervenção penal, proscrevendo o arbítrio punitivo, que pode ser identificado seja na criminalização de condutas banais, seja na inobservância de direitos no curso da persecução criminal, judicial ou extrajudicial.

4. LEITURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO PENAL

4.1. Breves considerações sobre os papéis desempenhados pela Constituição na elaboração da lei penal

No ponto de evolução em que se encontra a Ciência Jurídica, é despiciendo incorrer em maiores considerações acerca da primazia das normas constitucionais sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Resta assente que as demais normas são hierarquicamente inferiores, na medida em que haurem seu fundamento de validade, direta ou indiretamente, da constituição.

Em assim sendo, é um truismo asseverar que o direito penal deve conformar seu âmbito de atuação ao que foi preconizado pela Constituição Federal. A despeito da aparente obviedade da assertiva, esta carece de uma apreciação mais acurada, sobretudo no que concerne à incriminação de condutas, haja vista o amplo campo de atuação aparentemente conferido ao legislador ordinário.

Neste sentido, relevante apresentar um breve panorama das funções exercidas pela Constituição, sobretudo no que tange a primeira fase de atuação do sistema penal, isto é, a criminalização, a previsão em abstrato da conduta criminosa e a cominação da respectiva sanção penal.

Dissertando sobre o tema em apreço, Luciano Feldens¹⁸ assevera que a constituição pode se apresentar sob três diversos

¹⁸ In: *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38-68.

aspectos: (i) como limite material ao direito penal, estabelecendo proibições de incriminação; (ii) como fonte exclusiva do direito penal, significando dizer que apenas poderão ser criminalizadas as condutas que representem afronta a bens constitucionalmente relevantes; (iii) como fundamento normativo do direito penal, estabelecendo, ou não, obrigações de tutela penal.

Ainda no que concerne à leitura constitucional do direito penal, imprescindível fazer alusão ao papel desempenhado pelos princípios, sejam os expressos na Constituição, sejam os implícitos, decorrentes do conjunto de valores por ela consagrados. Sem pretensões de atuar de forma exaustiva, podemos enumerar alguns princípios que, informando o direito penal, limitam o poder de punir do Estado.

Assim, podemos aludir aos princípios da culpabilidade (que veda a responsabilização objetiva, proscrita do direito penal há muito), da humanidade (porquanto a Constituição Federal impede a adoção de penas cruéis), da reserva legal, da retroatividade benéfica da lei penal e da pessoalidade (ou intranscendência da pena). Alguns princípios, todavia, merecem uma apreciação mais detalhada, eis que diretamente associados ao nosso tema. São eles a legalidade estrita e a lesividade.

4.2. O princípio da legalidade estrita

O direito penal, como todos os demais ramos da Ciência Jurídica, quando aplicado em concreto pressupõe, necessariamente, a sua filtragem constitucional. Assim, seja quando da previsão em abstrato, por parte do legislador, das condutas criminosas, seja quando da aplicação em concreto, por parte do julgador, das penas abstratamente previstas, os vetores axiológicos previstos constitucionalmente devem ser o parâmetro a ser seguido.

Ao determinar, no art. 5º., XXXIX da Constituição Federal/88, que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, o legislador constituinte remeteu ao legislador ordinário a missão de definir os desvios de conduta social que deveriam ser tidos por criminosos. Neste dispositivo, a Constituição Federal acolheu o princípio da legalidade (representado

pela célebre expressão latina, cunhada por Feuerbach, no início do século XIX: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*), viga de sustentação do direito penal moderno.

É de se salientar que ao se deferir ao legislador a função de criminalizar as condutas, o direito penal passou a se revestir de um manto de legitimidade (ao menos formal), porquanto transplantou-se para o Parlamento, local em que se desenvolviam os embates do incipiente jogo democrático, as discussões pertinentes à tutela de bens e valores. Respaldava-se assim (ao menos formalmente, ressalte-se uma vez mais) a violência utilizada pelo Estado para fazer frente à violência cometida em detrimento dos bens por ele protegidos.

Do que até o presente momento foi destacado, importa salientar a principal idéia que orienta a existência do princípio da legalidade (bem assim, dos demais princípios que informam o direito penal): ele nasce e se desenvolve como direito do cidadão, a ser oposto à sanha punitiva do Estado. O princípio da legalidade constitui o contraponto, o limite a ser observado pelo Estado quando da cominação de sanções.

A legalidade deve ser estrita. Assim, a tipificação penal há de ser clara, precisa, certa, determinada e específica (não se pode admitir tipificações indevidamente abertas como, v.g. “afrontar a ordem jurídica”¹⁹), além de pressupor a observância de limites materiais²⁰, adiante expostos.

Se por um lado a observância do princípio da legalidade, isto é, a definição de crimes e cominação de penas por meio da lei em sentido estrito, confere legitimidade ao poder de punir em sentido

¹⁹ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. “Considerações acerca do delito de radiodifusão clandestina: a questão das rádios piratas”. In: Revista da Seção Judiciária de Alagoas. Ano II, n. 02, 2007, p. 139-158.

²⁰Enquanto o axioma da mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (“*nulla lex penalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*”). FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

formal, tal não ocorre com a sua legitimidade material. Com efeito, se assim o fosse, o legislador ordinário possuiria poderes absolutos na criminalização de condutas, o que agride as noções mais basilares de Estado Democrático de Direito. Há de ser observada, como querem os garantistas, a esfera do “não-decidível”, ou seja, um rol de garantias mínimas em relação às quais sequer a maioria poderia decidir, sob pena de consagrarmos não uma democracia, mas uma ditadura da maioria.

4.3. O princípio da lesividade

Consoante o princípio da lesividade, apenas condutas que ocasionem lesões a bens jurídicos de terceiros podem ser criminalizadas.

O princípio da lesividade possui quatro funções²¹:

(i) obsta a incriminação de condutas internas;

Reconhece-se, no particular, que a cogitação não pode ser punida (*cogitationis poenam nem patitur*), já que as “idéias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientam para a prática de um crime”.²²

(ii) veda a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;

Consagra-se, assim, a alteridade do direito penal. Neste sentido, a ordem constitucional proscreve a incriminação de condutas de autolesão. Esta é a razão pela qual não se pode compactuar com a criminalização do suicídio²³, sendo considerado crime, tão-somente, o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio.

²¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 92-97.

²² BATISTA, Nilo. *Ob. cit.* p. 92.

²³ O suicídio tentado não é crime, por conta da impossibilidade de se criminalizar a auto-lesão. No que tange ao suicídio consumado, sendo certo que o nosso ordenamento jurídico consagra a observância do princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena, esta conduta jamais poderia ser criminalizada, na medida em que a morte extingue a punibilidade do agente (*mors omnia solvit*). Nem sempre, todavia, isto ocorreu, porquanto, quando da vigência do direito penal pré-iluminista, os sucessores do suicida respondiam pelo crime de suicídio.

Por conta da proibição de se criminalizar a autolesão, alguns tipos penais merecem uma revisão. Este o caso da criminalização do consumo de drogas (ou melhor, do porte de drogas destinadas ao consumo), na medida em que é falacioso o discurso legislativo de que, nestas condutas, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a saúde pública. Em verdade, trata-se de um caso flagrante de criminalização da autolesão, em que o legislador houve por bem considerar criminosa a conduta do agente que, espontânea ou voluntariamente, ingere substâncias entorpecentes, produzindo danos ao seu organismo, comprometendo a sua integridade física e a sua higidez psicológica.

(iii) proíbe a criminalização de estados ou condições existenciais;

Com esta orientação, consagra-se a idéia de que o direito penal moderno é do fato, e não do autor. Em síntese, o agente poderá ser sancionado apenas pelo que faz, e não pelo que é.²⁴

Com fundamento nesta função da lesividade, parcela da doutrina considera que as medidas de segurança, sanções penais destinadas aos inimputáveis - isto é, àqueles que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não forem capazes de compreender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esta compreensão - e, em alguns casos, aos semi-imputáveis, deveriam ser proscritas do ordenamento.²⁵ O fundamento desta posição doutrinária é que as medidas de segurança são pautadas em juízos de perigosidade, próprios de um direito penal do autor, ao passo que o direito penal do fato é caracterizado por juízos de culpabilidade.

(iv) proibição de se incriminar condutas que não afetem qualquer bem jurídico.

A importância do bem jurídico para incriminação de condutas que comportem algum desvio social será abordada (cf. *infra* 6.2.1). Além de constituir pressuposto material da intervenção

²⁴ “Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação” (ZAFFARONI, Eugênio R./PIERANGELI, José Henrique. Ob. cit. p.116).

²⁵ Neste sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI. Ob. cit. p. 116.

penal, a imprescindibilidade de afronta a bens jurídicos constitui consectário lógico do princípio da lesividade.

5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

5.1. Da distinção entre regra, princípios e postulados

As normas jurídicas podem ser normas-regra e normas-princípio. A distinção entre princípios e regras foi estabelecida por inúmeros juristas consagrados, tais como Ronald Dworkin e Robert Alexy (para mencionar as doutrinas mais conhecidas nesta questão), além de Larenz e Esser, dentre outros. Para Claus-Wilhelm Canaris, os princípios se distinguem das regras por duas características, a saber: (i) o conteúdo axiológico, pois os princípios os possuiriam de forma explícita, carecendo, destarte, de regras para a sua concretização; (ii) os princípios receberiam seu conteúdo de sentido por um processo dialético de complementação e limitação.²⁶

Para Dworkin, as regras são aplicadas no método tudo ou nada (*all or nothing*), ao passo que os princípios não determinam a decisão, mas contêm fundamentos que hão de ser conjugados com outros fundamentos, oriundos de outros princípios. Os princípios seriam aplicados, não sob critério “tudo ou nada”²⁷, mas sim sob o critério “mais ou menos”.

Alexy, na linha preconizada por Dworkin, reputa caráter normativo tanto às regras quanto aos princípios. De acordo com o constitucionalista alemão, há três teses distintas, no que concerne à distinção entre regras e princípios.²⁸ A primeira tese sustenta a impossibilidade de se diferenciar as normas em regras ou princípios, haja vista a diversidade existente.²⁹ Para os adeptos de uma

²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

²⁷ “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39).

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 89.

²⁹ “Diante disso, é necessário atentar para as diversas convergências e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas, algo que seria mais bem captado com a ajuda do conceito wittgensteiniano de *semelhança de família* que por meio de uma divisão em duas classes.” (Idem. p. 89).

segunda tese, é possível diferenciar as regras dos princípios, sendo certo que esta diferenciação é de grau de generalidade³⁰. Alexy perfilha o entendimento sufragado pela terceira tese. Para esta, há distinção entre regras e princípios, e esta distinção não é apenas de grau, mas, antes, uma distinção qualitativa.

Neste sentido, Alexy afirma que os princípios são normas jurídicas por meio das quais se estabelecem deveres de otimização, aplicáveis em diversos graus, e a medida de sua satisfação depende tanto de possibilidades fáticas quanto de possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes.³¹ Em sentido diverso, as regras podem ser cumpridas ou não.³² Para Alexy, esta seria a principal distinção entre regras e princípios.

Como visto, para a doutrina que hoje prevalece, uma vez verificado o conflito entre regras jurídicas, uma delas deverá ser afastada, aplicando-se, integralmente a que remanescer (aplicando-se, assim, o critério tudo-ou-nada); apenas os princípios estariam sujeitos à ponderação em concreto, podendo-se aplicá-los, a partir daí, em variados graus. Dissentindo do entendimento sufragado pelos autores mencionados, Humberto Ávila reputa possível que haja conflito entre regras, e este possa ser solucionado pela ponderação, não havendo que se falar em utilização *prima facie* do critério tudo-ou-nada.³³

Assiste razão a Ávila quando assevera que pode haver colisão entre regras. Com efeito, comumente há casos em que se poderia aplicar mais de uma regra, devendo-se escolher qual delas será

³⁰ *Idem, ibidem.* p. 90.

³¹ *Idem, ibidem.* p. 90.

³² “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (*Idem, ibidem.* p. 91).

³³ “[...] não é adequado afirmar que as regras ‘possuem’ um modo absoluto ‘tudo ou nada’ de aplicação. Também as normas que aparecam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios quanto as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados.” (ÁVILA, Humberto. Ob.cit., p. 47).

aplicada, sem que, com isso, materialize-se a exclusão da referida regra do ordenamento jurídico. Ocorre, todavia, que, neste caso, a ponderação que se fará não terá por objeto as regras, propriamente ditas, mas sim os princípios que as fundamentam.³⁴

Relevante deixar consignado, ainda na esteira do pensamento de Humberto Ávila³⁵, que, além das regras e princípios, o autor trabalha com uma outra categoria: os postulados normativos. Postulados distinguir-se-iam das regras e princípios na medida em que estes se encontram no campo das normas, ao passo que os postulados inserem-se no âmbito das metanormas, isto é, das normas sobre normas, porquanto estabelecem estrutura de aplicação de outras normas, regras e princípios.³⁶

Ainda de acordo com esta doutrina, os postulados podem ser inespecíficos, quando passíveis de aplicação, ainda quando não se levem em conta os elementos a serem submetidos a relacionamento. Como exemplo, poderia ser apontado o postulado da ponderação, que “exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos princípios, razões) e não indica como deve ser feito este sopesamento. Os elementos e os critérios não são específicos”.³⁷ Podem, porém, os postulados ser específicos, quando sua aplicabilidade for condicionada a específicos elementos.

Ainda de acordo com Ávila, seriam postulados inespecíficos ou incondicionais³⁸ : (i) a ponderação, (ii) a concordância prática e (iii) a proibição de excesso; por seu turno, poderiam ser considerados postulados específicos ou condicionais³⁹: (i) a igualdade, (ii) a razoabilidade e (iii) a proporcionalidade.

³⁴ Neste sentido, AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de; VILLAS BOAS, Marcos de Aguiar. “Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais”. Texto inédito.

³⁵ No mesmo sentido de Ávila, Eros Roberto Grau ressalta que: “O chamado ‘princípio’ da proporcionalidade consubstancia um postulado normativo aplicativo” (*In: Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183).

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.* p. 122.

³⁷ *Idem.* p. 129.

³⁸ *Idem, ibidem.* p. 130 *et seq.*

³⁹ *Idem, ibidem.* p. 137 *et seq.*

5.2. Da razoabilidade

Questão intrigante diz respeito ao emprego do termo razoabilidade, porquanto comumente utilizado em relação de fungibilidade com a proporcionalidade pela doutrina nacional e estrangeira⁴⁰.

Para os referidos autores, a distinção entre os conceitos relaciona-se muito mais à sua origem do que a distinções substanciais entre eles. Desta forma, temos que o princípio da razoabilidade origina-se do sistema jurídico anglo-saxão, como corolário do devido processo legal substancial (*due process of law*), deitando raízes na Magna Carta⁴¹, sob os auspícios da cláusula *law of the land*.

Nascida sob o pátio de uma concepção estritamente processual, a idéia de devido processo legal evoluiu para uma perspectiva substancial (*substantive due process of law*). Com fundamento nesta característica substancial, o devido processo legal foi erigido a relevante instrumento de defesa dos direitos individuais contra o arbítrio estatal.

Sob outro prisma, a idéia de proporcionalidade associa-se ao direito de origem germânica, tendo evoluído a partir do direito administrativo. Para os que sustentam a similitude entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, malgrado a diversidade de origem e desenvolvimento, “[...] um e outro abrigam os mes-

⁴⁰ “De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência nacional, assim na Europa continental como no Brasil, costuma fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224).

⁴¹ Virgílio Afonso da Silva contesta esta origem histórica, ressaltando que: “[...] na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade. E a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948. E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como *teste Wednesbury*, implica tão somente em rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: ‘se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir’. Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis.” (In: “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, v. 798, abr. 2002, p. 23-50).

mos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos".⁴²

Não faltam, entretanto, autores que sufragam a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Nesta linha, a proporcionalidade pressupõe, conforme adiante demonstrar-se-á, a adequação a necessidade e a proporcionalidade propriamente dita (em sentido estrito), do meio empregado em relação ao fim almejado. Por seu turno, a razoabilidade não pressupõe esta relação de meio e fim.⁴³

5.3. Da proporcionalidade

A proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que deve ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.

Sob a égide destas constatações, deve-se aferir, no caso concreto, a pertinência de se limitar excessivamente determinados direitos, com vistas à proteção de outros. Exemplificando, e já transplantando a noção para a esfera do direito penal, há de se valorar a pertinência de tolher o direito de liberdade dos indivíduos (com a adoção da pena privativa de liberdade, ainda a espinha dorsal do nosso sistema punitivo) com vistas à tutela de direitos outros, quando a lesão perpetrada seja de somenos relevância.

À idéia de proporcionalidade, são ínsitas as noções relativas à moderação, prudência, equidade e proibição de excesso, dentre outras similares⁴⁴. Estas noções, contudo, possuem considerável

⁴² BARROSO, Luis Roberto. Ob. cit. p. 373.

⁴³ Neste sentido, cf. ÁVILA, Humberto. Ob. cit. p. 146. Também SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit.

⁴⁴ Neste sentido, CUNHA JUNIOR, Dirley, para quem o princípio da proporcionalidade: "[...] consubstancia, em essência, uma *pauta de natureza axiológica* que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusiva a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra

grau de subjetivismo, fornecendo poucos parâmetros objetivos que conduzam à sua delimitação. Esta a razão pela qual o princípio da proporcionalidade é decomposto em três subprincípios (ou subpostulados, para quem assim encara o princípio; também ditos elementos ou regras da proporcionalidade). Em suma, uma das funções destes elementos da proporcionalidade é conferir parâmetros, com maior grau de objetividade à sua delimitação.

O juízo de proporcionalidade é realizado de acordo com um critério trifásico. Assim, para se aferir a proporcionalidade do meio empregado em relação ao fim colimado, relevante que se atente para a adequação (ou idoneidade), a necessidade (exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito da medida.⁴⁵ Estes os elementos que compõem a estrutura analítica do princípio da proporcionalidade, desenvolvidos pela jurisprudência constitucional alemã.

Relevante destacar que os elementos apontados não de ser aferidos na ordem lógica em que foram apresentados, ou seja, faz-se um juízo acerca da adequação da medida, para, posteriormente, apreciar-se a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁶ À vista disto, é fácil concluir não ser imprescindível a apreciação dos três elementos da proporcionalidade em toda e qualquer circunstância. Isto porque apenas se legitimará a análise da necessidade da medida se aferida a sua adequação; apenas se constatada sua necessidade, far-se-á o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Mas, afinal, o que significa cada um destes elementos que compõem a proporcionalidade?

de interpretação para todo o ordenamento jurídico.” (*Curso de direito constitucional*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 221).

⁴⁵ FELDENS, Luciano. Ob.cit. p. 161.

⁴⁶ Acolhemos, com isso, a tese amplamente majoritária na doutrina. Relevante salientar, todavia, que outras duas teorias remanescem em derredor do tema. Para a primeira, os elementos (ou sub-regras) da proporcionalidade seriam, apenas, a adequação e a necessidade. Esta teoria é adotada pelos críticos do sopesamento, que repudiam a proporcionalidade em sentido estrito, justamente por considerar que sua análise implica em um sopesamento. Há uma última teoria, de acordo com a qual, além dos três elementos, haveria um quarto, qual seja, a análise da legitimidade dos fins que a medida pretende alcançar. A adoção desta última tem sido levada a efeito pela Corte Européia de Direitos Humanos (cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit.).

5.3.1. Adequação

Sendo certo que a idéia que orienta a observância destas regras de aferição da proporcionalidade (seus elementos) é a relação entre meios empregados e fins almejados, temos que a melhor forma de se definirem tais regras é valorando esta relação meio-fim. Assim, um meio será considerado adequado quando for considerado apto a alcançar o resultado pretendido⁴⁷, ou quando a utilização deste meio, se não ensejar o alcance do objetivo, ao menos fomente a sua realização.

Com efeito, Virgilio Afonso da Silva chama a atenção para o fato de que a doutrina brasileira costuma identificar a adequação apenas com a idéia de aptidão para alcance do fim pretendido, esquecendo-se de que a adequação pressupõe não apenas esta aptidão, mas também o fomento à realização deste fim. Em suma, um meio apenas será considerado inadequado, ou inidôneo, quando a sua utilização não possuir o condão, sequer, de fomentar a realização do fim pretendido.⁴⁸

Afirmar-se, porém, que a adequação é a aptidão do meio para o alcance ou fomento do fim pretendido é definição insuficiente, con quanto remanesce um amplo espaço de discricionariedade na apreciação desta aptidão. Com efeito, remeter a discussão à esfera da aptidão do meio em relação ao fim não comporta a observância da mínima precisão necessária à identificação desta adequação.

Esta constatação conduziu alguns setores da doutrina à criação de critérios que conferem concreção à idéia de adequação. Neste diapasão, Ávila⁴⁹ ressalta que três indagações básicas devem ser apresentadas: (i) o que significa um meio ser adequado à rea-

⁴⁷ GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 126.

⁴⁸ Adotando por paradigma a decisão do Tribunal alemão que consagrou a idéia de proporcionalidade, afirma o constitucionalista brasileiro: “A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por *fomentar*, e não por alcançar, como faz Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por alcançar. *Fördern* significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado’ (ob. cit.).

⁴⁹ Ob. cit. p. 153 *et seq.*

lização de um fim? (ii) como deve ser analisada a relação de adequação? (iii) qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?

No que se refere à primeira indagação, tem-se que apreciar os aspectos da relação entre meio e fim. Estes aspectos podem ser de três distintas naturezas: a) quantitativo (intensidade); b) qualitativo (qualidade); c) probabilístico (certeza).

Em termos quantitativos, o meio poderá promover ou fomentar mais ou menos do que um outro meio, passível de ser utilizado. No que toca ao aspecto qualitativo, um meio poderá promover ou fomentar melhor, pior ou igual ao outro. Por fim, sob o aspecto probabilístico, um meio pode promover ou fomentar com mais, menos ou igual certeza o fim almejado. Desta forma, a opção entre meios mais adequados nem sempre se fará na mesma esfera de apreciação, porquanto um meio poderá ser mais (aspecto quantitativo) adequado do que outro, mas, ao mesmo tempo, ser pior (aspecto qualitativo)^{50/51}.

Quanto à segunda pergunta (como deve ser analisada a relação de adequação?), tem-se que aferir as três dimensões em que é possível se manifestar a adequação: a) abstração/concretude; b) generalidade/particularidade; c) antecedência/posterioridade.

Consoante a primeira dimensão, haverá adequação da medida quando esta conduzir à promoção do fim em abstrato (possibilidade em tese de se alcançar o fim) ou em concreto, a depender, naturalmente, do caso. No que pertine à segunda dimensão, a medida empregada pode ser geralmente adequada - quando o fim é realizado na maioria dos casos, com a sua adoção - ou par-

⁵⁰ Da obra de Ávila, extraímos o seguinte exemplo: “A escolha da Administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos) mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos)”. Ob. cit. p. 153.

⁵¹ Ainda consoante Ávila, o administrador e o legislador têm o dever de escolher o meio que promova o fim, ainda que não seja o meio mais intenso, melhor ou mais seguro (cf. ob. cit. p. 153).

ticularmente adequada - quando, em todos os casos individuais, houver o alcance deste fim. Por fim, quanto à terceira dimensão, pode-se exigir que determinada medida seja adequada no momento em que posta em prática ou posteriormente, quando julgada, por exemplo.

Por seu turno, a terceira das perguntas formuladas (qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração?) pressupõe a cisão do controle em forte e fraco. Consoante o “modelo forte de controle, qualquer demonstração de que o meio não promove a realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa”;⁵² de outro prisma, o controle fraco pressupõe uma demonstração cabal, muito mais percuciente, da inadequação da medida empregada.

5.3.2. Necessidade

Consoante a idéia de necessidade (exigibilidade), o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. Sendo certo que o exame da proporcionalidade objetiva limita a atuação estatal em prol da tutela de direitos do cidadão, é relevante salientar que a necessidade implica a adoção da medida que menos limite o direito fundamental em questão.

Naturalmente que a escolha que se fará entre as medidas apresentadas envolve tão-somente medidas adequadas, por quanto, conforme salientado, a aferição da adequação é realizada em momento anterior. Dentre estas medidas adequadas, e somente dentre elas, far-se-á a opção por aquela que menos afronte o direito fundamental: eis o elemento necessidade.

A aferição em concreto dos interesses em litígio, todavia, nem sempre apresenta uma solução simples. Robert Alexy⁵³ aponta dois principais motivos para a complexidade na definição da restrição a ser implementada no direito fundamental. A primeira diz respeito ao fato de que a apreciação da necessidade, regra

⁵² Idem, p. 156.

⁵³ Ob. cit. p. 591 *et seq.*

geral, vincula-se a uma relação meio-fim, por vezes de difícil prognóstico. Nesta seara, avulta de importância a discricionariedade epistêmica⁵⁴, no exame da adequação e necessidade da medida a ser adotada. Um segundo motivo que enseja a complexidade que envolve o tema relaciona-se às situações em que estejam em questão mais de dois princípios relevantes.

5.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito

O terceiro elemento da proporcionalidade pressupõe a comparação entre os meios empregados e os fins colimados, de molde a que os meios sejam os menos danosos possíveis. O meio a ser utilizado não pode apresentar-se de forma desproporcional ao fim pretendido. Enfim, há um sopesamento⁵⁵ entre o meio a ser empregado e o fim a ser alcançado, de forma que, conquanto haja a realização ou fomento do fim perseguido, haja a menor restrição possível ao direito fundamental. Em outras palavras, pressupõe que as vantagens a serem trazidas pela adoção da medida superem as desvantagens.⁵⁶

6. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO DIREITO PENAL

6.1. Considerações iniciais

Parece-nos haver restado demonstrado, pelo que até o momento foi exposto, que, muito embora o legislador constituinte haja outorgado ao legislador ordinário a missão de realizar a incriminação de condutas - consubstanciando a previsão do princípio

⁵⁴ No exemplo mencionado por Alexy para conferir primazia a esta discricionariedade epistêmica, o Tribunal Constitucional Federal alemão apreciou a questão relativa à colisão de interesses na criminalização da comercialização da *cannabis*. Na apreciação da matéria, o Tribunal decidiu que ante a inexistência de conhecimentos científicos que conduzissem a uma das opções (criminalização ou não), dever-se-ia atentar para a prerrogativa do legislador de avaliação e adoção de uma das escolhas potencialmente adequadas ao alcance do fim colimado (Ob. cit. p. 591).

⁵⁵ Inúmeros autores rechaçam a idéia de sopesamento, propugnada por Alexy, tais como Jürgen Habermas, Friedrich Muller, Bernard Schlink e Matthias Jestaedt (cf. SILVA, Virgílio Afonso da., ob. cit.). Em defesa do sopesamento, rebatendo as críticas de Habermas, cf. ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 594.

⁵⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley. Ob. cit., p. 222.

da reserva legal - daí não se depreende ausência de restrições ao poder de legislar.

A Constituição Federal não se limita a conferir este poder de criminalização de condutas ao legislador; impõe, expressa ou implicitamente, uma pauta de valores a ser observada, seja estabelecendo um rol de vedações à incriminação, seja determinando-a, seja, por fim, criando balizas a serem seguidas. A inobservância dos vetores axiológicos instituídos pela Constituição Federal, quando da incriminação de condutas - previsão em abstrato do crime aliado à cominação das respectivas sanções penais - pode dar ensejo ao abuso de poder por parte do Legislativo.

Sem embargo, muito embora a doutrina constitucionalista clássica apresente-se refratária à aplicação da idéia de abuso de poder na esfera do Poder Legislativo, não faltam defensores da tese, entre a doutrina mais abalizada⁵⁷. Estabelecidas estas premissas, cumpre-nos apreciar o princípio da proporcionalidade em suas implicações na esfera do direito penal.

De antemão, relevante salientar que, na linha do preconizado por Luigi Ferrajoli⁵⁸, a proporcionalidade, referida às ciências criminais, pode ser aferida em três distintas ocasiões: (i) numa primeira ocasião, de predeterminação, em que será dirigida ao legislador, quando da criação do tipo penal, bem como da cominação abstrata das penas máxima e mínima; (ii) posteriormente, como determinação, dirigida ao magistrado na fixação da pena (natureza e *quantum* da pena); (iii) como pós-determinação, a ser aferida na fase de execução da pena⁵⁹.

⁵⁷ Neste sentido, Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma ser este o entendimento da doutrina moderna, para quem seria possível configurar-se o abuso do poder de legislar quando não existir compatibilidade entre a norma e o fim previsto na Constituição. Conforme o autor, este o entendimento sustentado pela doutrina alemã e por considerável parcela da doutrina nacional (a exemplo de Gilmar Mendes e Celso Antônio Bandeira de Mello). Também esta a tese encampada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o manto do princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso. (In: *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 201).

⁵⁸ Ob. cit. p. 367.

⁵⁹ Sobre a aplicação do garantismo à execução penal, cf. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2003, p. 153 *et seq.*

Aqui interessa-nos, sobretudo, a fase de predeterminação, isto é, a incidência do princípio da proporcionalidade referida ao legislador. Para tanto, importa apreciar os elementos da proporcionalidade apresentados (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) em sua relação direta com o atuar do legislador penal.

6.2. A adequação referida ao legislador penal

Conforme salientado, um meio será considerado adequado quando for apto a alcançar o resultado pretendido, ou quando a utilização deste meio, se não ensejar o alcance do objetivo, ao menos, fomente a sua realização⁶⁰.

Por seu turno, convém esclarecer que a função do direito penal não é a punição pura e simples, por meio de imposições de aflições, nem tampouco a proibição, ou mesmo coibição, de condutas com maior ou menor grau de reprovabilidade social. Em verdade, a previsão e posterior cominação de sanções são apenas instrumentos a serem utilizados para o alcance do escopo precípua do direito penal, que é a proteção de determinados bens jurídicos, considerados mais relevantes para a sociedade.

A adequação, portanto, quando referida ao legislador penal, há de levar em consideração este escopo, razão pela qual não será equivocado afirmar que, no que concerne à incriminação de condutas, a adequação deverá pressupor um juízo de valoração que estabeleça o sopesamento entre a gravidade dos meios empregados e a potencial obtenção do resultado que almeja, que, no caso, é a tutela dos bens jurídicos⁶¹.

É necessário salientar que a violência é imanente ao direito penal⁶². Isto não se refere apenas à violência eventualmente utilizada na prática do crime, mas sobretudo a violência estatal na

⁶⁰ cf. supra. 5.3.1.

⁶¹ Em sentido similar, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, que, preferindo a utilização do termo idoneidade, assevera que esta se encontra “[...] relacionada com capacidade de proteção do bem jurídico pela norma, a ser aferida a partir da valoração de todas as condições do sistema penal” (Ob. cit. p. 126-127).

⁶² BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 01.

aplicação das sanções respectivas. A pena privativa de liberdade, eixo central do sistema de penas em vigor, é a expressão máxima da violência do Estado na tutela dos bens jurídicos; mas não só ela. Também as demais penas previstas em lei, como as restritivas de direitos ou a pena de multa, constituem violência estatal impingida àquele considerado culpado pela prática do delito.

Como salientado alhures, o Estado monopoliza a utilização legítima da violência, razão pela qual pode se valer da aplicação das referidas penas. Para tanto, como é óbvio, há de obedecer a uma série de requisitos, mormente associados à observância dos direitos e garantias do réu. Contudo, estes direitos hão de ser preservados mesmo em fase assaz anterior à deflagração da persecução criminal em juízo.

De fato, à tutela das garantias que constituem pilares do Estado Democrático de Direito há de ser conferida primazia até mesmo quando da incriminação, em abstrato, das condutas. E nesta fase, como demonstrado, as idéias de proporcionalidade desempenham papel de suma relevância.

No que toca a adequação, se a criminalização da conduta não possuir o condão de tutelar (ou fomentar esta tutela) o bem jurídico que se objetiva proteger, para logo sevê que estará configurado o abuso por parte do legislador. Em síntese, a orientar sua atuação, deve o legislador atentar para a efetividade da norma que será editada⁶³.

Nesta linha, muito embora seja, por vezes, complexo realizar este prognóstico da efetividade, há situações em que a sua ausência é patente. Podemos citar, como exemplo de caso em que a incriminação seria de todo destituída de efetividade, a criminalização de conduta cujo bem jurídico - ou, não necessariamente o bem jurídico, mas o objeto material do crime, como no exemplo - já não existe. Assim, vislumbre-se a previsão, como crime ambiental

⁶³ Afirma Mariângela Gomes que a idoneidade penal deve ser associada à efetividade penal, que, por seu turno, pode ser aferida em três distintos níveis: (i) efetividade da norma; (ii) efetividade da pena; (iii) efetividade dos aparatos (efetividade *stricto sensu* ou eficiência). Ob. cit. p. 130. Neste passo, interessa-nos a análise da efetividade da norma.

tal, da caça de animal que esteja, não em extinção, mas extinto. Para logo se vê que a efetividade da medida seria inexistente.

Como outro exemplo de criminalização de conduta que nenhum efeito surtiria na tutela do bem jurídico, podendo, isto sim, causar sofrimentos desnecessários aos apenados, seria a hipótese (absurda) de se incriminarem condutas necessárias ou impossíveis, que, em verdade, sequer são passíveis de submissão à incidência normativa⁶⁴.

Demais disso, é imperioso ressaltar que, no que concerne à adequação, o parâmetro a ser valorado é a tutela penal do bem jurídico, pouco importando se as demais formas de controle social não são efetivas. Por outras palavras, o fato de a tutela do bem por outros meios (jurídicos ou extra-jurídicos) não surtir efeito não conduz, por si só, à adoção da tutela penal⁶⁵.

Para corroborar esta afirmação, o exemplo mencionado da incriminação da caça ao animal extinto é bastante ilustrativo. Ora, é certo que a adoção de outras medidas, como, por exemplo, sanções civis e administrativas, não surtiria efeito algum, já que, não custa lembrar, o animal já não existe. A ausência de efetividade destas outras tutelas, extrapenais, é indiferente à tutela penal, que, no caso, continua sendo destinada de efetividade.

Sendo certo que, como dito, o ponto central na questão da adequação da tutela penal é a efetividade na tutela do bem jurídico-penal, cumpre uma análise mais pormenorizada deste.

6.2.1. O bem jurídico

Conquanto não desconheçamos eventuais divergências em derredor do tema, perfilhamos o entendimento de que não há que se falar em condutas criminosas por essência. Ao revés, crime é algo definido pelo legislador; é a lei que cria o crime⁶⁶.

⁶⁴ Neste sentido, SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 17-18.

⁶⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Ob. cit. p. 132.

⁶⁶ Para Garofalo, crime é toda conduta que afronta os mais basilares sentimentos de solidariedade social; teorias mais modernas, como a do *labelling approach* (teoria do etiquetamento) ressaltam que “[...] sob a etiqueta de ‘delito’, agrupa-se toda uma série de comportamentos que nada têm em comum, exceto quanto ao fato de estarem criminalizadas” (QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100).

Se é certo que a previsão em lei (em sentido estrito) é o pressuposto formal da intervenção penal, não se pode olvidar que a tutela penal não prescinde de pressupostos materiais. De fato, não se pode conceber a existência de poderes ilimitados ao legislador ordinário na previsão de condutas como criminosas, sob pena de consagrarmos arbitrariedades inimagináveis, como a criminalização de opiniões ou gostos pessoais (como considerar crime determinado estilo musical).

Alguns parâmetros orientam a atuação do legislador, que deles não pode se afastar. Dentre estes parâmetros, avulta de importância o chamado “princípio” da exclusiva proteção do bem jurídico⁶⁷. Sem qualquer discordância em relação ao teor da tese, preferimos considerá-lo não como princípio autônomo, mas como uma das facetas da adequação, elemento da proporcionalidade, na atuação do legislador penal.

Com efeito, conforme demonstrado, a idéia subjacente à adequação na elaboração da legislação penal é a busca da efetividade na tutela dos bens jurídicos. Com isto, torna-se implícito que os bens jurídicos, e apenas eles, merecem a proteção do Estado, sob o crivo da intervenção estatal mais drástica, a penal.

Todavia, não será demasiado chamar a atenção para o fato de que nem todo bem jurídico merece a tutela penal. Daí a importância de se referir a bens jurídico-penais, entendidos estes como os mais relevantes para a sociedade. O conceito, porém, será absolutamente destituído de sentido se não se souber quais são os bens a que a sociedade confere esta primazia; enfim, quais são os bens mais caros à sociedade, quais são os parâmetros para identificá-los?

De antemão, é salutar deixar consignado que estes parâmetros devem ser objetivos, evitando-se, tanto quanto possível, relegar ao alvitre do legislador a definição dos bens que importem à sociedade. Estes parâmetros, saliente-se desde já, hão de ser

⁶⁷ Neste sentido, Alice Bianchini, para quem, além do princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, seriam pressupostos materiais mínimos da tutela penal: (i) o princípio da necessidade; (ii) o princípio da ofensividade. (*In: Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 28-29).

buscados na Constituição⁶⁸. Não se pode conceber a tutela de bens jurídicos que não sejam albergados, ainda que indiretamente, pela Constituição, já que nela estão representados - ao menos em tese - os valores que imperam na sociedade.

Desta premissa surgiram teorias constitucionais do bem jurídico-penal, que podem ser divididas em dois grupos:⁶⁹ (i) teorias constitucionais amplas; (ii) teorias constitucionais restritas.

De acordo com as teorias que compõem o primeiro dos grupos, a Constituição é adotada como parâmetro, mas de forma bastante genérica. Com fundamento na forma de organização do Estado constitucionalmente estruturado ou nos valores previstos no texto constitucional, erige-se o sistema penal, sendo os bens jurídico-penais conseqüêntios lógicos desta estruturação.

Sob outra perspectiva, para as teorias restritas, os bens jurídico-penais não de ser buscados diretamente na Constituição. Para eles, e ao contrário do que pensam os adeptos das primeiras correntes, a “existência de valores com relevo constitucional não faz pressupor a imposição de tutelá-los penalmente”.⁷⁰

De nossa parte, perfilhamos o entendimento sustentado por Claus Roxin, no sentido de que só podem ser erigidos à categoria de bens jurídicos penalmente relevantes os dados que sejam pressupostos de uma convivência pacífica entre os homens.⁷¹ Esta concepção remonta ao Iluminismo, sendo corolário da visão contratualista do Estado. Se o Estado surge do acordo de vontades entre os homens, que cedem uma parcela de sua liberdade em prol da segurança e do bem coletivo, este Estado não pode intervir de forma

⁶⁸ Ao discorrer sobre o bem jurídico-penal, assevera Luis Regis Prado que: [...] vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (*Werthbild*) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito” (*In: Curso de direito penal brasileiro. v. I: parte geral.* 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 266-267).

⁶⁹ BIANCHINI, Alice. Ob. cit. p. 44 *et seq.*

⁷⁰ BIANCHINI, Alice. Ob. cit. p. 48.

⁷¹ Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *In: Estudos de direito penal.* Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 35.

significativa nesta parcela de liberdade, senão quando imperioso ao cumprimento do seu desiderato, que, em última instância, é a manutenção pacífica da convivência entre os homens.

Como consectário deste entendimento, legitima-se a atuação do Estado quando da criminalização de condutas como o homicídio, as lesões corporais, o furto e o roubo. Demais disso, não apenas bens individuais são imprescindíveis à preservação da convivência pacífica entre os homens. É necessário, para o bom desempenho das atividades levadas a cabo pelo Estado, por exemplo, o bom funcionamento das instituições judiciais, razão pela qual se legitima a incriminação de condutas que atentem contra a sua regular atuação.⁷²

6.2.2. Da não incriminação das condutas éticas ou morais

Como decorrência da idéia aqui sustentada, restam impassíveis de criminalização as condutas que se adstrinjam à pregação de valores morais ou posturas éticas. Convém esclarecer que isto não significa que não se possa tornar crime condutas imorais. Isto será plenamente possível - e ocorre com certa freqüência - quando, aliado a esta imoralidade, houver a afronta aos bens jurídico-penais que, como vimos, consistem naqueles dados que constituem pressupostos à convivência pacífica entre os homens.

Por outro prisma, a só conduta imoral não pode ser criminalizada, sob pena de afronta aos valores plasmados na Constituição, que orientam a atuação do legislador penal e fundamentam o Estado Democrático de Direito. Neste diapasão, convém destacar que a democracia, mais do que a isonomia, há de prever o direito à diferença. Numa sociedade plural e democrática (como prevê a Constituição Federal/88), não se pode conceber a criminalização de condutas que consistam, tão-somente, na acolhida de valores morais, ou condutas sociais, diversos dos adotados pela maioria.

Neste sentido, um breve retrospecto em nossa legislação penal é suficiente a demonstrar o quanto já se abusou da intervenção

⁷² Neste sentido, também, ROXIN, Claus, ob. cit. p. 34-35. O penalista alemão refere-se, ainda, à incriminação de condutas que atentem contra a livre circulação da moeda, eis que imprescindível às relações sociais de viés econômico.

penal para a afirmação de valores morais, mormente de cunho religioso. Assim, o livro V das Ordenações Filipinas, em vigor até 1830, possuía títulos como “dos hereges e apóstatas”, “dos que arrenegão ou blasfemão de Deos ou dos Santos”, “dos feiticeiros”, “dos que benzem cães, ou bichos sem autoridade d’ El rey, ou dos Prelados”⁷³, etc. Estes são exemplos claros de utilização do aparato repressivo estatal para proselitismo de uma determinada religião, de todo incompatível com os vetores que orientam o direito penal moderno.

Todavia, exemplos de utilização da legislação punitiva como tutela de valores meramente morais (ou assim considerados, frise-se) não são exclusivos dos ordenamentos jurídicos não-laicos. De outro modo, não apenas com fito exclusivamente religioso, foi a legislação penal utilizada, em nosso país, como critério de criminalização de condutas destituídas de aptidão a afrontar os bens jurídicos.

O primeiro Código Penal editado pela República é lapidar neste sentido. Contextualizando o momento histórico, vivíamos a fase de recente abolição da escravidão, o que, como é consabido, não trouxe consigo as possibilidades de inserção social dos escravos. Ao revés, as posturas segregacionistas que grassavam na sociedade pós-abolicionismo foram transplantadas para a legislação punitiva, que, imbuída deste forte ranço ideológico e racista, incriminou condutas e práticas típicas da cultura afro-descendente, tais como o candomblé e a capoeira.

É certo que a criminalização do candomblé ainda se insere no rol da execrável punição de práticas religiosas, o que é de todo inconcebível. Já no caso da capoeira, por seu turno, constitui a incriminação de uma prática esportiva própria da cultura trazida das senzalas, numa sociedade já liberta da escravidão. Percebe-se claramente a pretensão de incriminação de um valor cultural, que dissentia da cultura da maioria (talvez nem mesmo da maioria quantitativa, mas, sem dúvida, da maioria que detinha o poder e ditava a legislação). É este tipo de perseguição (cultural, moral,

⁷³ QUEIROZ, Paulo. Ob. cit. p. 26.

religiosa, etc) que há de ser proscrita da legislação penal, que, consoante salientado, só pode incidir sobre condutas que constituam afronta aos bens jurídico-penais, isto é, aqueles imprescindíveis à convivência pacífica em sociedade.

Outro exemplo patente de criminalização de valores exclusivamente morais é a que recai sobre a vida sexual de pessoas adultas e capazes. Não relacionada a menores (que, presumivelmente, não possuem maturidade sexual, presunção esta que, frise-se é relativa⁷⁴) ou pessoas que não possuem aptidão mental que as habilite à compreensão dos atos praticados, a vida sexual das pessoas em nada afeta a vida da comunidade, não afronta qualquer bem jurídico, muito menos aqueles detentores de dignidade penal.

Esta a razão pela qual não se pune em nosso ordenamento jurídico, por exemplo, o incesto. Por mais que, para os valores vigentes em nossa sociedade, atualmente, as relações incestuosas afigurem-se como imorais, o fato é que, uma vez envolvendo pessoas adultas e capazes, não há que se falar em qualquer lesão a bem jurídico de terceiros, mormente os de envergadura tal que possam sem qualificados como penalmente relevantes.

Ainda no campo da vida sexual de adultos capazes, há de ser repudiada a incriminação do homossexualismo⁷⁵, bissexualismo, pansexualismo ou qualquer outra prática sexual, condutas que, uma vez consentidas por pessoas com livre capacidade para exter-nar este consentimento, em nada afrontam bens jurídico-penais. Em muito boa hora, aliás, o legislador penal aboliu o crime de adultério, eis que, neste caso, muito embora haja uma violação patente a um dos deveres do casamento, e, portanto, lesão a direitos do consorte ludibriado, a afronta não é de magnitude tama-nha que enseje a intervenção penal. Por outras palavras, a pessoa deve fidelidade conjugal a seu cônjuge, e não à sociedade.

⁷⁴ Este o entendimento amplamente majoritário na doutrina. A tese também já foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal (cf. HC 73662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 21/05/1996).

⁷⁵ Relata-nos Roxin que, na Alemanha, o homossexualismo entre homens adultos foi severamente punido até 1969 (ob. cit. p. 36).

À vista destas razões, sufragamos o entendimento de que também a prática do jogo haveria de ser desriminalizada, devendo ser repudiada a previsão da Lei de Contravenções Penais (art. 50 *et seq.*). Com efeito, não vislumbramos qualquer razão para a previsão como delito (não crime, mas contravenção penal) das condutas relativas à prática de jogos de azar, senão uma anacrônica concepção de proteção a valores reputados morais.

Quando da prática dos jogos de azar, não há qualquer violação a bem jurídico. Nem se diga que o jogo poderia conduzir ao vício, na medida em que, se assim for, o bem jurídico a ser tutelado seria do próprio agente. Nestas circunstâncias, a lei estaria legitimando a autolesão, em descompasso com o já mencionado princípio da lesividade. O mesmo raciocínio pode ser suscitado para eventuais alegações acerca da possibilidade de o jogo conduzir pessoas à insolvência.

Demais disso, também não vislumbramos constitucionalidade na criminalização do porte de drogas destinadas ao consumo próprio. A uma porque, como já salientado, criminaliza-se a autolesão, a duas porque incriminar tal conduta nada mais é do que a consagração da intervenção penal em um valor exclusivamente moral. Ora, o fato de fazer uso de substâncias entorpecentes, quando desacompanhado de qualquer efeito danoso à esfera de direitos de terceiros, nada mais é do que a pretensão de vida asceta⁷⁶, imposta pelo legislador à sociedade. Demais disso, não há razões que justifiquem a distinção entre o tratamento conferido às drogas consideradas lícitas (cujos efeitos danosos também são comprovados) e as ilícitas.

6.2.3. O discurso do bem jurídico

Ao se conferir primazia à tutela do bem jurídico-penal como limite ao poder de punir do Estado, deve-se salientar que não se pode incorrer no equívoco de se valer de forma indiscriminada desta expressão para legitimar a expansão do punitivismo. Nesta esteira, importa salientar que o discurso do bem ju-

⁷⁶ QUEIROZ, Paulo. Ob. cit. p. 26.

rídico é comumente utilizado, em regra, em descompasso com a realidade.

De forma exemplificativa, podemos recorrer às hipóteses fornecidas por Roxin, quando, ao asseverar que o homossexualismo foi punido na Alemanha até o final da década de sessenta do século XX, ressalta que o discurso em voga era o da proteção ao bem jurídico “estrutura heterossexual das relações sexuais”⁷⁷, ou, quando se reprime criminalmente o porte de haxixe para uso pessoal, se propala a idéia de que se protege a “existência de uma sociedade sem drogas”⁷⁸.

Transplantando o exemplo do porte de drogas para uso pessoal para o nosso ordenamento jurídico, relevante salientar que o discurso oficial reputa que, no caso, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a saúde pública, e não a saúde individual do usuário (o que revelaria sua flagrante afronta ao princípio da lesividade). Esta é uma das formas de utilização do discurso do bem jurídico como instrumento de manipulação da intervenção penal, com vistas a conferir-lhe legitimidade. Esta manipulação do discurso, encontrada em alguns tipos penais, conforme demonstrado, contribui para o expansionismo de uma tutela penal irracional e destituída de fundamentação constitucional.

No que concerne aos bens jurídicos, importa, por fim, fazer breve alusão à tendência doutrinária de desconsiderá-los, para fins de intervenção penal. De acordo com este entendimento, tendo em vista as inúmeras hipóteses em que lesões a bens jurídicos são toleradas pelo Estado, este não pode ser o parâmetro de legitimação do poder de punir. Para os adeptos destas correntes, a “nocividade social” é que deve orientar a intervenção estatal de natureza penal.

Por desconsiderar a noção de bem jurídico (acolhendo exceções como regra), que, como vimos, legitima constitucionalmente a intervenção penal, reputamos um retrocesso⁷⁹ a adoção de refe-

⁷⁷ Ob. cit. p. 36.

⁷⁸ Idem. p. 37.

⁷⁹ Em sentido similar, cf. ZAFFARONI, Eugênio R., que, ao dissertar sobre o tema, assevera que: “Cremos que este organicismo jurídico transcendental não passa, como já vimos, de uma expressão extrema da total decadência do pensamento jurídico-penal dos nossos dias,

ridas teorias. Demais disso, ao se trabalhar com a vaga e imprecisa noção de nocividade social, tais teses legitimam e recrudescem o caráter seletivo da punição estatal, conferindo primazia ao alvitre do legislador na definição desta nocividade.

6.3. A necessidade referida ao legislador penal

6.3.1. Considerações iniciais

Conforme salientado, o juízo trifásico da proporcionalidade obedece a uma rígida ordem lógica. Desta forma, apenas haverá que se falar em apreciação da necessidade da tutela penal caso ultrapassado o juízo de sua adequação. Em suma, uma vez constatado que a intervenção penal sequer é apta a tutelar o bem jurídico que pretende (juízo de adequação), não há que se perquirir acerca da sua necessidade.

Em contrapartida, uma vez realizado um juízo positivo acerca da adequação da medida, isto é, aferida a idoneidade da tutela penal, proceder-se-á ao juízo de necessidade. Conforme salientamos, ao tratar do subprincípio da necessidade⁸⁰, a ele é ínsita a idéia de que o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. Na seara penal, a necessidade da medida é consectário do princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*).

Assim, avulta de importância a necessidade da tutela penal, de acordo com a qual a intervenção penal só se legitima em último caso (*ultima ratio*), isto é, quando insuficientes as demais formas de debelar ou conter o desvio de conduta praticado. Neste sentido, há de se recorrer, primeiramente, às formas de controle social⁸¹ extrajurídico, como o que decorre da cultura, religião, escola, família etc. Caso infrutíferas estas tentativas de contenção

em que lamentavelmente mergulhou um amplo setor doutrinário” (Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 256).

⁸⁰ Cf, supra 5.3.2.

⁸¹ “A posição do sistema do Direito Penal se encontra no campo do controle social, o sistema de Direito Penal é uma de suas partes. Ele possui as mesmas características estruturais como outras áreas do controle social: norma, sanção, processo.” (HASSEMER, Wifried, Direito penal libertário. Tradução: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 212).

dos desvios de conduta, deve-se recorrer aos demais ramos do direito, como o civil, administrativo etc. Após ultrapassados os recursos a estas instâncias de controle social, pode-se valer do direito penal, ou seja, apenas quando realmente necessário, quando todas as formas de se conterem os atos que mereçam reprovação social falharem.

Este caráter excepcional que marca o recurso ao direito penal justifica-se pelo fato de que a sanção penal é a mais drástica intervenção estatal na esfera de direitos do indivíduo. A violência da intervenção penal é tamanha que se adstringe a casos extremos.⁸² A violência contra o indivíduo não se restringe aos casos de aplicação da pena. Ao revés, por mais que a Constituição Federal assegure o princípio da inocência (e não apenas presunção de inocência, como se diz comumente), o fato é que a só deflagração da persecução criminal traz consigo fardo estigmatizante e cruel.

6.3.2. Breves considerações acerca do punitivismo

Reputo punitivistas as doutrinas que apregoam a expansão do direito penal, para abarcar os mais variados ramos da dinâmica social. Estas doutrinas, ditas maximalistas, sustentam que a intervenção penal há de ser utilizada, não em último caso, como sustentam os minimalistas, mas como uma das primeiras manifestações de controle social. Assim, o direito penal atuaria não como forma de tutela secundária dos bens jurídicos, mas primária.

Exemplo clássico de doutrina punitivista é a “teoria das janelas quebradas” (*broken windows theory*), gestada nos Estados Unidos da América. Consoante o preconizado por esta doutrina, deve-se fazer incidir a tutela penal até mesmo nos mínimos desvios de conduta social, para que estes não se convolem em graves crimes. A lógica que orienta esta doutrina é algo parecido com: “hoje está furtando um pão, amanhã assaltando um banco”. A política criminal outrora adotada em Nova York, e popularmente

⁸² “Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo.” (FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 427).

conhecida como tolerância zero (*zero tolerance*), é expressão máxime da acolhida desta doutrina.

Atualmente, percebe-se um aumento considerável dos adeptos das doutrinas punitivistas, mormente dentre aqueles que, historicamente foram identificados com a redução da intervenção penal. Com efeito, conforme salientamos alhures⁸³, é crescente a adesão destas teses por parte, até mesmo, de grupos sociais historicamente comprometidos com os movimentos esquerdistas que, como vimos, foram os autores das críticas mais ásperas ao sistema penal.

Estes grupos sociais atualmente pugnam por uma tutela penal que contemple a defesa de bens jurídicos como o meio ambiente, a liberdade sexual, a diferenças étnicas etc. Os criminólogos que encampam tais teorias são os realistas de esquerda⁸⁴. A previsão de crimes ambientais contra grupos econômicos, dentre outros, resulta do fortalecimento deste modo de pensar.

Sem que se pretenda incorrer em maiores valorações acerca dos fundamentos políticos da (des) legitimização das doutrinas repressivistas, e adstringindo nossa apreciação ao campo estritamente jurídico, reputamos que movimentos como “lei e ordem” colidem frontalmente com o paradigma da intervenção mínima, isto é, com o subprincípio da necessidade da tutela penal. Sem embargo, a adoção da tese de que os mínimos desvios de conduta hão de se submeter às sanções penais está na contramão do que é sustentado pela *ultima ratio* que orienta o direito penal moderno.

6.3.3. A afronta à necessidade penal.

Em diversas oportunidades o legislador previu condutas incriminadoras em violação à idéia de necessidade, que confere le-

⁸³ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. “Instrumentalidade constitucional do processo penal: aproximação a uma leitura garantista”. Texto inédito.

⁸⁴ Expressão utilizada por Alberto Silva Franco, ao prefaciar a obra de ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 07.

gitimidade material à intervenção penal. Convém trazer a lume algumas destas condutas.

De antemão, a Lei de Contravenções Penais (Lei 3.688/41), em suas múltiplas previsões típicas, constitui afronta à necessidade penal. Os tipos penais arrolados pela referida Lei (alguns de inconstitucionalidade gritante, como é o caso da tipificação da “vadiagem” - art. 59 - e da “mendicância” - art. 60) são expressão máxima da criminalização de condutas que, regra geral, poderiam ser tuteladas por outras formas de controle social. A própria previsão das sanções abstratamente cominadas às práticas contravencionais - em regra, delitos apenados apenas com multa - já demonstra que o legislador considera estas condutas de somenos importância, destituídas de ofensividade, o que não as torna aptas a desencadear a repressão penal⁸⁵.

Outro exemplo da desnecessidade da tutela penal encontra-se plasmado no art. 157 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), consistente na execução clandestina de serviços de telecomunicações, referidos à radiodifusão⁸⁶. Neste caso, imperioso salientar que a Administração Pública possui meios muito mais eficazes de conter este desvio de conduta, consistente na utilização indevida do espectro de radiofrequência, bem público da União. Estes meio referem-se às sanções administrativas previstas na própria Lei 9.472/97, aplicadas pela Agência Nacional de Telecomunicações, após regular instauração e julgamento do processo administrativo por descumprimento de obrigações

⁸⁵ Neste sentido, abordando esta questão à luz da legislação italiana, Ferrajoli acentua que: “[...] o fato de o legislador ter determinado qualificar certas condutas como simples contravenções, e de alguma maneira a elas agregar a punição - seja mesmo à discricionariedade do juiz - com uma simples multa, é suficiente para fazer supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização, idôneo a satisfazer o nosso princípio de necessidade ou de economia do direito penal” (ob. cit. p. 660).

⁸⁶ A rigor, sufragamos o entendimento de que sequer pode o referido tipo ser aplicado aos serviços de radiodifusão de sons e imagens, por conta da superveniência da Emenda Constitucional nº. 08/95, que estabeleceu distinções entre este serviço e o de telecomunicações. Sobre o tema, cf. ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Considerações acerca do delito de radiodifusão clandestina: a questão das rádios piratas.* ob. cit.

(pado), assegurado, como não poderia deixar de ser, o exercício do contraditório.

Este é mais um exemplo lapidar em que as demais formas de controle social (no caso, exercido por meio das sanções administrativas) são muito mais eficazes no combate ao desvio verificado, tornando-se a tutela penal, então, instrumento de aflições e suplícios desnecessários. Outros exemplos podem ser mencionados, como os crimes ambientais (em sua maior parte) ou os delitos de trânsito, que não constituam fato típico já previsto no Código Penal - que, como regra geral, deveriam ser tratados, exclusivamente, na esfera administrativa.

6.4. A proporcionalidade em sentido estrito referida ao legislador penal

6.4.1. Considerações iniciais.

Já tivemos a oportunidade de salientar que à idéia de proporcionalidade em sentido estrito, terceiro subprincípio da proporcionalidade, está insita à noção de que as vantagens a serem obtidas pela adoção das medidas empregadas devem superar as suas desvantagens⁸⁷. Na seara penal, a questão merece uma análise bastante acurada, porquanto, como já ressaltado, a tutela penal constitui a intervenção mais drástica a ser utilizada pelo Estado, haja vista a violência que lhe é intrínseca.

Desta forma - e jamais perdendo de vista que nosso objeto de estudo é o princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal, quando da incriminação de condutas, ou seja, quando da previsão em abstrato de condutas como criminosas e respectiva previsão de sanções penais - deve ser ponderado se a quantidade e a qualidade da pena não possuem o condão de trazer mais desvantagens do que as vantagens que pode proporcionar. De forma mais simples, é certo que a incriminação de condutas objetiva, em última instância - acolhendo como paradigma o discurso oficial da criminalização, que, naturalmente, é passível de controvérsias - a preservação da paz social. Há de se perquirir se a violência a se utilizada pelo Estado

⁸⁷ Cf., supra, 5.3.3.

na previsão, aplicação e execução da pena não será mais danosa à sociedade do que a coibição da conduta que pretende.

Procurando apresentar um exemplo, de molde a conferir concreção ao que aqui é exposto, vislumbremos a hipótese (esdrúxula, reconheçemos) de um ordenamento jurídico que previsse a pena capital para o delito de furto, ainda que bagatilar. Este é um exemplo claro de que o objetivo pretendido pelo legislador (coibição dos furtos) será potencialmente obtido às custas de um suplício assaz demasiado para aqueles que cometem no referidos delitos. As execuções daqueles que hajam incorrido no referido desvio de conduta - cujas consequências para a sociedade serão mínimas, mormente quando disser respeito às infrações bagatelares - acarretarão muito mais danos, comprometerão muito mais a paz social que se pretende do que os mencionados desvios.

À vista destas premissas, ressalta patente, uma vez mais, que o legislador penal não possui o amplo campo de discricionariedade que, *prima facie*, o princípio da reserva legal confere. Quando da incriminação de condutas, as mazelas, oriundas da aplicação e execução da pena prevista em abstrato, hão de ser sopesadas, em relação à pacificação social que se pretende. De forma mais objetiva, quando da criminalização, para o fim a que se destina o direito penal - tutela subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade - deve-se aferir os prós e os contras.

6.4.2. A medida da pena

Naturalmente, não se poderia exigir do legislador constituinte que fixasse as balizas em relação às quais poderia o legislador ordinário fixar as penas para cada espécie de delito. Estes parâmetros são ditados pelos princípios que orientam e fundamentam a ordenação punitiva, como ocorre no caso do princípio da proporcionalidade.

No que concerne especificamente à determinação das penas (qualidade e quantidade) em abstrato, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe algumas diretrizes a serem observadas. Neste ponto, cabem algumas considerações acerca da previsão da pena mínima. Diverge a doutrina neste ponto. Desta

forma, afirma-se que a fixação da pena mínima é um imperativo que se apresenta ao legislador, como forma de garantia do bem jurídico tutelado, com a medida da sanção necessária e proporcional à sua tutela⁸⁸.

Em contrapartida, assevera-se, a nosso ver com razão, que o legislador penal não deveria fixar penas mínimas⁸⁹. É conveniente deixar consignado que a pena, por mais paradoxal que pareça, constitui, ela também, um direito do condenado. Isto porque quando se aplica ao condenado a pena em determinado patamar, ou de determinada qualidade, assegura-se-lhe que não poderá cumprir pena em patamar superior. Ou seja, o condenado possui o direito, e não apenas o dever, de cumprir a pena de “X” anos, e não em “X +1” anos; possui o direito de cumprir a sua pena de multa, e não a privativa de liberdade.

Desta forma, se a pena constitui direito do condenado, estabelecer-se um mínimo legal para as penas, de forma rígida, sem que se faculte ao julgador a fixação em patamar inferior⁹⁰ a este, afronta direito do condenado que cumpra todos os requisitos legais para a obtenção de uma pena mais baixa.

De toda sorte, sendo certo que o estabelecimento de patamares mínimos na fixação da pena é uma realidade em nosso ordenamento jurídico, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe ao legislador o estabelecimento de um *quantum* não muito excessivo entre as penas mínimas e as máximas. Com efeito, se o patamar estabelecido entre a pena mínima e a máxima for excessivo, a margem de atuação do julgador estará expandida em

⁸⁸ Neste sentido, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Ob. cit. p. 161.

⁸⁹ “Por esta razão, a meu juízo, pelo menos para as penas privativas de liberdade, não se justifica a estipulação de um mínimo legal: em outras palavras, seria oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a eleição da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo bastante baixo.” (FER-RAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 368).

⁹⁰ A despeito de nosso objeto de análise ser a proporcionalidade referida ao legislador, e não ao julgador, cumpre ressaltar que perfilhamos o entendimento de que, malgrado a legislação penal estabeleça os patamares mínimo e máximo da pena, é facultado ao julgador fixá-la aquém do mínimo, não se podendo dizer o mesmo da aplicação da pena além do máximo, sob pena de violação a direitos do condenado.

demasia, o que, a rigor, consagra um sistema punitivo carente de critérios objetivos de fixação da penalidade.

7. CONCLUSÃO

Conforme visto, o princípio da proporcionalidade desempenha papel fundamental no sentido de legitimar e limitar o poder de punir do Estado. Referido princípio não se destina tão-somente ao julgador, ao responsável pela aplicação em concreto da sanção penal abstratamente cominada. Ao revés, ao proceder à incriminação das condutas, deve o legislador pautar-se pelas diretrizes ditadas por referido princípio, sob pena de, sob o manto da legitimidade formal do princípio da legalidade, consagrar afrontas e violações ao sistema de direitos e garantias desenhado pela Constituição Federal/88.¶