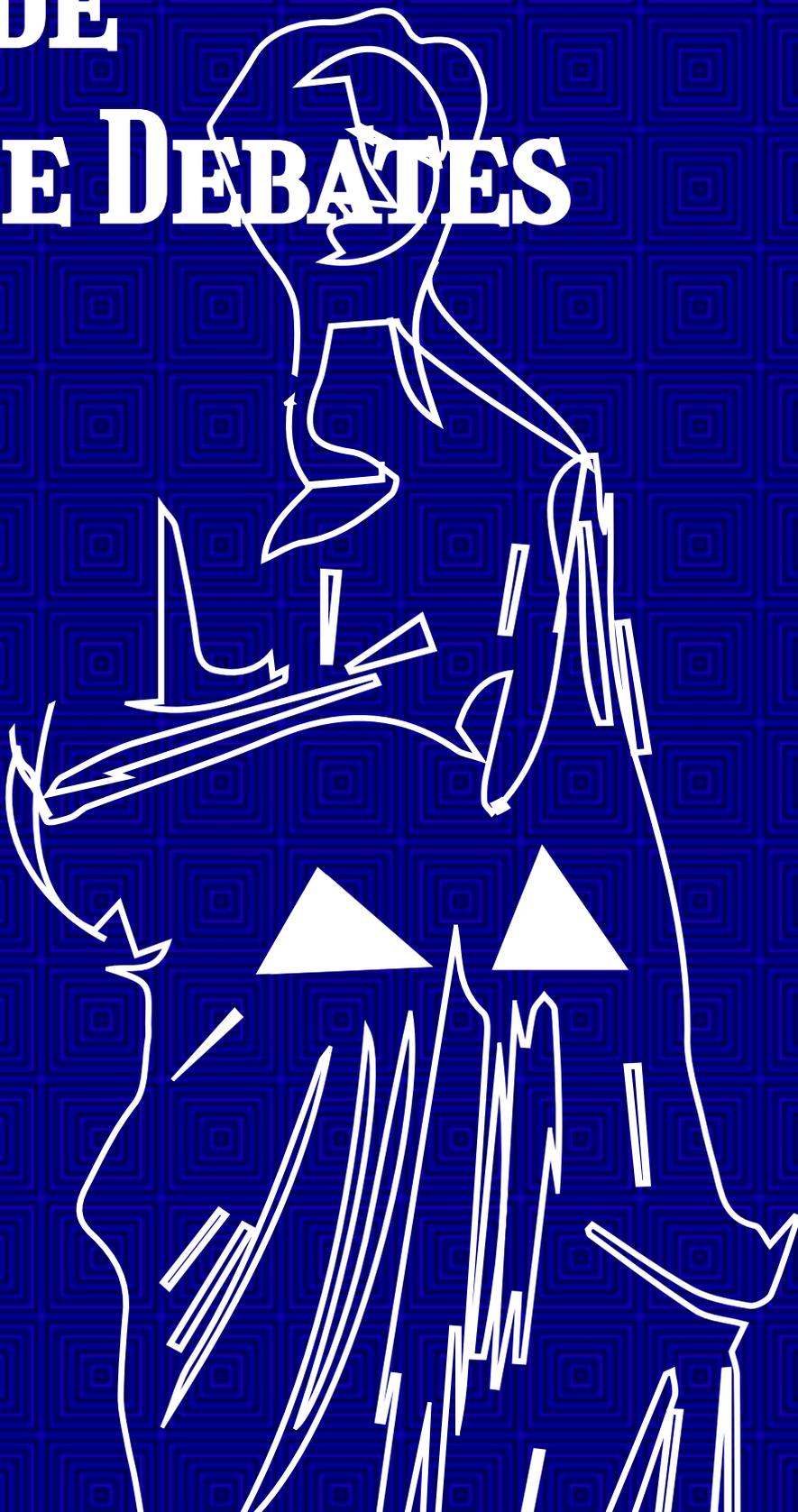


REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES

VOLUME 5 –
N. 1 – JUL. A
DEZ. 2019



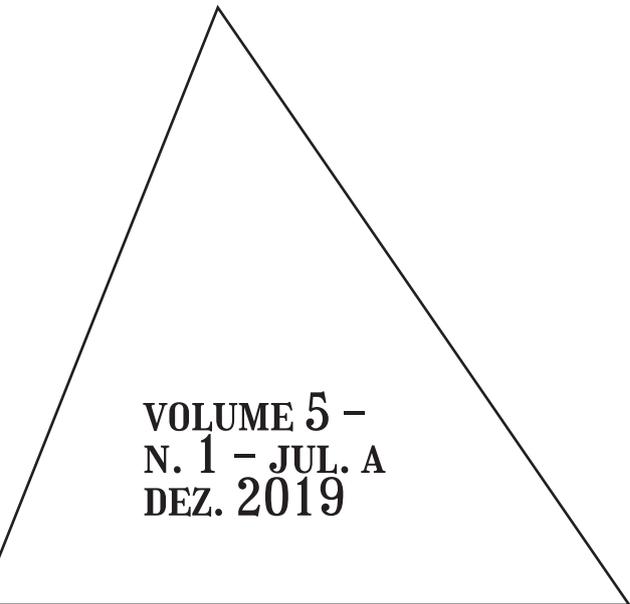
CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

ISSN 2525-2984

REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



VOLUME 5 -
N. 1 - JUL. A
DEZ. 2019



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES



Centro de Estudos e Debates - CEDES

Diretor-Geral

Desembargador LUIZ NORONHA DANTAS

Diretor da Área Criminal

Desembargador NILDSON ARAÚJO DA CRUZ

Diretor da Área Cível

Desembargador JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Juízes integrantes do CEDES

Juíza MARIA CHRISTINA BERARDO RÜCKER

Juíza MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA

Juiz PAULO ASSED ESTEFAN

Juiz ROSSIDÉLIO LOPES DA FONTE

Juiz ÁLVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA

Juiz ROBERTO CÂMARA LACÉ BRANDÃO

Juíza ANA CRISTINA NASCIF DIB MIGUEL

Juiz ANDRÉ CORTES VIEIRA LOPES

Juíza LEDIR DIAS DE ARAÚJO

Juíza DÉBORA MARIA BARBOSA SARMENTO

Juíza ELIZABETH MACHADO LOURO

Juíza REGINA HELENA FÁBREGAS FERREIRA

Juiz GUILHERME PEDROSA LOPES

Juiz MARIO CUNHA OLINTO FILHO

Juíza MARIA TEREZA DONATTI

Juiz PALO MELLO FEIJÓ

Juiz PAULO ROBERTO CAMPOS FRAGOSO

Juíza ANA PAULA MONTE FIGUEIREDO PENA BARROS

Juiz MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO

Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juiz PAULO ROBERTO SAMPAIO JANGUTTA

Juíza LUCIA MOTHÉ GLIOCHE

Juiz DANIELLA ALVAREZ PRADO

Juiz ANDRE FELIPE VERAS DE OLIVEIRA

Juíza ALESSANDRA DE ARAÚJO BILAC MOREIRA PINTO

Juiz FELIPE PINELLI PEDALINO COSTA

Juíza LUCIANA FIALA DE SIQUEIRA CARVALHO

Juíza CAMILLA PRADO

Juiz JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA

Juíza ADMARA FALANTE SCHNEIDER

Juíza JANAINA PEREIRA POMPOSELLI

Juíza ROBERTA BARROUIN CARVALHO DE SOUZA

Juiz ANTONIO LUIZ DA FONSECA LUCCHESI

Capa:

Laura Pinheiro Design Gráfico

Diagramação:

CEDES

Expediente:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Revista de Estudos e Debates

Av. Erasmo Braga, 115, sala 413 - Bloco F – Lâmina I

Centro - 20.026-090 – Rio de Janeiro - RJ

(21) 3133-4456 - cedes@tjrj.jus.br

Apresentação

É com grande satisfação que damos à estampa, a nona edição da *Revista de Estudos e Debates*. Em novo formato e com nova aparência, o presente número se reveste de especial importância em face da distinção a nós conferida pela publicação de texto de autoria de **Luiz Fux**. Insigne jurista, professor, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, o eminente ministro, em vésperas de assumir a chefia da Suprema Corte, aborda em seu artigo o papel do protagonismo do Poder Judiciário na atualidade. Resultado da ascensão das cortes constitucionais, a partir da segunda metade do século XX, cogita o ilustre autor um modelo de constitucionalismo global em que a interpretação do sentido da norma possui significativo impacto social. Em seguida, examina, à luz dos ciclos históricos de crise, o lugar ocupado pelo STF na arquitetura pós Carta de 1988, considerada “o marco para o resgate democrático do país”. Fruto de intenso diálogo com vastíssima bibliografia especializada, o Ministro Fux não deixa de enfrentar as críticas ao modelo, mormente as que ressaltam a possibilidade de um controle constitucional de natureza popular. Diante de decisões de fundo político e moral, inevitavelmente geradoras de tensões, deduz o autor, finalmente, os fatores que possibilitaram ao Pretório Excelso atuar de forma independente para salvaguarda das garantias individuais expressas na Lei Maior e, ao mesmo tempo, tornar-se o guardião das instituições democráticas brasileiras.

Orgulha-se também a Revista de trazer a lume texto de **Áurea Pimentel Pereira**, magistrada cuja trajetória profissional traz a marca do pioneirismo. Em artigo gentilmente oferecido à presente edição, a eminente desembargadora enfrenta questão atualíssima e tormentosa. Trata-se do problema do ativismo judicial e da necessidade da busca do equilíbrio entre criatividade para efetivação do Direito – nos casos em que a jurisprudência e a legislação não oferecem amparo suficiente para as decisões judiciais – e os limites impostos aos magistrados como intérpretes da lei. Até que ponto pode o julgador, pressionado que se vê pela inafastabilidade da jurisdição, avançar nesse campo repleto de lacunas, para que não venha a se transformar de juiz em legislador? Apoiando-se tanto em Cappelletti quanto em Barbosa Moreira, a douta magistrada propõe uma análise de duas ocasiões em que esse ativismo foi posto à prova: nos julgamentos, no Supremo Tribunal Federal, da criminalização da homofobia e da possibilidade da interrupção da gravidez nos casos comprovados de anencefalia fetal.

Caetano Ernesto da Fonseca Costa, desembargador, presidente da 7ª Câmara Cível e do Fórum de Direitos Humanos da EMERJ, com relevante passagem pelo Centro de Estudos e Debates (CEDES), como diretor-geral do Órgão (2017-2018), apresenta-nos problema de ordem ética e institucional, à luz dos sete Princípios de Bangalore (2001). No atual contexto, em que a função dos juízes parece ser constantemente observada pela mídia e pelas redes sociais, tais princípios consistem em elementos norteadores, valores caros à função judicante, normas que além de conferir legitimidade às decisões, livrariam os tribunais dessas desgastantes situações originadas pela judicialização do campo político. O ilustre desembargador nos oferece

comentários que esclarecem a importância e o teor de cada um desses princípios universais – cuja função será servir de proteção da atividade de julgar e garantia da independência do Poder Judiciário, fundamentais no estado democrático de direito.

A partir de uma atenta leitura do art. 8º, do CPC de 2015, **Nagib Slaibi Filho**, desembargador, integrante do Órgão Especial e presidente da 6ª Câmara Cível, convida-nos a uma reflexão sobre o papel do Poder Judiciário e da atividade jurisdicional, no contexto das inovações trazidas pelo novo diploma processual civil. A par dessas novidades, debruça-se o ilustre professor sobre o dever de colaboração ou de cooperação, desde 2015, tornado norma consignada no art. 6º do novo Código, em prol de um resultado satisfatório do processo. Destaque-se, também, o novo lugar atribuído à equidade e ao dever de o juiz, sem estar exclusivamente prisioneiro da norma escrita, atuar em vista do que pode ser considerado razoável para um desfecho justo do processo. Não apenas no campo das inovações, conforme se pode verificar, a partir do ensaio de autoria do eminente jurista, o CPC em vigor faz reeditar antigos valores, além de abrir o horizonte para uma compreensão filosófica do homem e do Direito.

Uma análise das tensões provenientes do combate à corrupção e do papel das instituições judiciárias nas democracias, e em especial na frágil democracia brasileira, é-nos oferecida por **Jessé Torres Pereira Júnior**, desembargador, presidente da 2ª Câmara Cível e diretor da Área Cível do CEDES. Das brechas e da complexidade dos sistemas, da excessiva burocratização, das dificuldades orçamentárias e até mesmo do hermetismo conceitual das decisões do Poder Judiciário, aproveita-se a corrupção, que parece estar sempre um passo à frente, segundo o eminente jurista. Além do acurado exame que faz dos mecanismos utilizados por essa prática delituosa, sustenta o desembargador que há estratégias (enumeradas a partir de dez cenários) para um combate eficaz a essa atividade criminosa, dentre as quais a transparência, a formação continuada dos magistrados e servidores, a reedição da deontologia – em que sobressai solução para a confusa relação de magistrados com a mídia – e o apoio institucional do Poder Judiciário a seus membros.

Tema desafiador e interdisciplinar, o qual percorre as fronteiras fluidas da moral, do costume e do direito, é abordado por **José Muiños Piñeiro Filho**, desembargador integrante da 6ª Câmara Criminal da Segunda Instância fluminense. Com a visão de quem ocupou o mais alto posto do *Parquet* estadual, o insigne magistrado apresenta-nos, em seu artigo, solução apaziguadora no âmbito punitivo, na medida em que propõe tornar atípicos, sob determinadas condições, os crimes previstos nos arts. 229 e 230, do Código Penal, a partir da *técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*. Prevê o desembargador a necessidade de manutenção dos mencionados dispositivos a fim de garantir apenas a discriminação dos casos em que se verifique a ocorrência de um pacto estabelecido por livre vontade das partes, sem vícios de consentimento: de um lado agenciadores, do outro, prostitutas e profissionais que vendem sexo. Alude ainda ao fato de que a Constituição consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, e sob esse aspecto, não seria condizente com o ordenamento

surgido em 1988, que o poder público se arvorasse em árbitro da moral alheia, a definir de que modo o indivíduo maior e capaz deva gerir suas escolhas no campo da sexualidade e do afeto.

O problema da obrigatoriedade das audiências de mediação e de conciliação, nos juízos de família, conforme enuncia o art. 695, do CPC de 2015, foi enfrentado por **Leise Rodrigues Espírito Santo**, magistrada titular da 5ª Vara de Família, com larga experiência na matéria, e por **Camila Casali**, advogada e mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Sem desprezar os benefícios trazidos pelas técnicas de mediação e conciliação, advertem as estudiosas, não obstante a divergência doutrinária, que o dispositivo processual em vigor é inconstitucional. No conflito entre *direito fundamental* e *política pública de pacificação*, não sendo possível, pois, aos litigantes abdicarem do ato, asseguram as autoras que sua realização pode se mostrar contraproducente, já que, de antemão, as partes o sabem de infrutífero resultado, quando não capaz de acirrar ainda mais os ânimos, dada a natureza extrema a que chegou o conflito. Resta ainda observar o aparato logístico e de pessoal exigidos para o cumprimento da norma, encargo que caberá ao Poder Judiciário dos estados suportar.

João Luiz Ferraz de Oliveira Lima, juiz titular da 9ª Vara de Fazenda Pública, com expressiva passagem pela Alta Administração, enfrenta questão relativa à comunicação dos atos do processo, em vista do que preceituam o CPC de 2015 e a Lei do Processo Eletrônico (Lei nº 11.419/2006). Elaborado originariamente como justificativa a duas propostas de enunciado sumular, acerca de tema que fora discutido no programa das reuniões do CEDES, o texto, de autoria do insigne magistrado, apresenta-nos a orientação dada à matéria pela recente jurisprudência, no âmbito do STJ e de nosso Tribunal. Ao fim, o presente artigo oferece-nos ainda um caminho seguro para se pensar em que medida uma intimação pessoal pode ser considerada legítima, caso realizada por meio eletrônico, incluindo aí aquelas provenientes das ações em que a Fazenda Pública é parte. No difícil equilíbrio entre modernização e manutenção de ritos, trata-se de escolher a via que aproveite o avanço da tecnologia da informação, capaz de enfrentar a demanda exponencial de nossos dias e atender às exigências de um processo judicial célere e seguro.

Em texto originariamente publicado na *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* (RFD-UERJ, n.34-2018) e gentilmente cedido à presente publicação, **Eduardo Maneira**, advogado e professor associado de direito tributário da FND-UFRJ, e **Daniel Serra Lima**, advogado e doutorando em direito pela USP, no horizonte das recentes discussões sobre reforma tributária, defendem a hipótese de criação de um IVA, ou imposto de valor acrescentado sobre o consumo, de abrangência nacional. Após trinta anos da promulgação da Carta de 1988, acreditam os eminentes estudiosos que tal medida seria de grande alcance, no sentido de afastar as deficiências de nosso sistema tributário, além de combater a “guerra fiscal horizontal” entre unidades federadas. E no interior desse debate, segundo os autores, surge a necessidade de se observar se a instituição de um imposto único sobre consumo, de caráter nacional, retirando dos

estados a competência legislativa tributária, representaria um golpe na autonomia financeira do ente federativo e afronta ao preceito contido no § 4º, do art. 60, da CRFB.

O problema de uma interpretação sistêmica, com vistas a ampliar os limites de idade enumerados taxativamente pela Carta de 1988 para a nomeação para os lugares nos tribunais, foi examinado pelos ilustres advogados **André Luiz Maluf**, mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF, e **Marcus Wagner de Seixas**, chefe do Departamento de Direito daquela universidade. Matéria de interesse público, dado que versa assunto relativo à composição das cortes de segunda instância, propõem os eminentes estudiosos que, após a edição da Emenda Constitucional 88/2015, que estabeleceu novo marco para a passagem compulsória à aposentadoria (inciso II, do art. 40, da CRFB), torna-se necessário, a fim de se obter maior organicidade do diploma constitucional, promover uma alteração nos capítulos relativos aos mencionados limites de idade e, em especial, nos editais do Conselho Federal da OAB, responsáveis por regular a formação das listas sêxtuplas de que trata o art. 94, da Constituição de 1988.

O presente volume se encerra com texto de natureza interdisciplinar de autoria dos pesquisadores **Giselle Marques de Araujo**, advogada, pós-doutoranda em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da UNIDERP-MS; **Rosemary Matias**, coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da UNIDERP-MS; **Ademir Kleber Morbeck de Oliveira**, doutor em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos e **Alessandro Lewandowski**, advogado e doutorando em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da UNIDERP-MS. Com hábil articulação entre direito processual civil, constitucional, direito comparado e meio ambiente, os autores nos apresentam a célebre demanda Saúl Lliuya vs. RWE AG. Trata-se do primeiro processo internacional que versa litígio climático, cujo pedido se resume a que a empresa alemã, emissora de gases de efeito estufa, arque com os custos de construção de barragens preventivas para proteção de Huaraz, cidade peruana onde vive Saúl. Os autores apresentam ainda quadro comparativo de institutos processuais relativos à tutela inibitória no direito brasileiro e alemão.

A Comissão Editorial da *Revista de Estudos e Debates*, em série inaugurada no segundo semestre de 2015, espera haver cumprido seu programa, ao menos em parte e até o momento, com a publicação de sua nona edição, de modo a oferecer ao público artigos que trazem diversos olhares, provenientes dos amplos domínios que compõem o campo jurídico nacional.

Os editores

Sumário

- 10 Cortes constitucionais e democracia - O Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988**
Luiz Fux
- 30 O poder político do juiz na aplicação da lei - O legal e o justo e a visão da consequentialidade. Ativismo judicial**
Áurea Pimentel Pereira
- 42 A ética da conduta dos magistrados segundo os princípios de Bangalore**
Caetano Ernesto da Fonseca Costa
- 52 A aplicação do Direito no Código de Processo Civil de 2015**
Nagib Slaibi Filho
- 71 Tensões dos agentes judiciais no controle da corrupção e a ética no estado democrático de direito**
Jessé Torres Pereira Junior
- 87 A necessidade de redução do conteúdo normativo da tipificação das modalidades do lenocínio: O Estado como invasor da privacidade de homens e mulheres capazes. Afronta à dignidade humana garantida constitucionalmente**
José Muiños Piñeiro Filho
- 110 A opção de comparecimento das partes em audiências de conciliações e mediações em ações de família**
Leise Espírito Santo & Camila Casali
- 132 A intimação pessoal por meio eletrônico**
João Luiz Ferraz de Oliveira Lima
- 140 30 Anos da Constituição - Sistema Tributário Nacional e a necessária reforma na tributação sobre o consumo**
Eduardo Maneira & Daniel Serra Lima
- 161 Quinto Constitucional e o requisito de idade para ingresso nos Tribunais de Justiça - Uma releitura sistêmica e unitária**
André Luiz Maluf & Marcus Wagner de Seixas
- 170 Tutela inibitória como instrumento para a solução de conflitos ambientais**
Giselle Marques de Araujo, Rosemary Matias, Ademir Kleber Morbeck de Oliveira & Alessandro Lewandowski

Cortes constitucionais e democracia O Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988

Luiz Fux¹

Introdução

O fim da Segunda Guerra Mundial desencadeou uma sequência de eventos que contribuiu para a construção de um novo paradigma de constitucionalismo. A derrocada dos regimes totalitários nazista e fascista, o recrudescimento do discurso dos direitos humanos, a conformação geopolítica da Guerra Fria e a descolonização da África e do Sudeste Asiático foram fatores que possibilitaram uma migração de ideias e de estruturas constitucionais sem precedentes, durante a segunda metade do século XX. Abriu-se caminho, portanto, para a ascensão de um modelo constitucional de âmbito global, com ênfase para a expansão de Cortes Constitucionais ao redor do mundo.²

Atualmente, por meio do *judicial review*, Cortes Constitucionais das mais diversas jurisdições têm se dedicado a julgar questões de alta relevância social.³ Em sentido convergente, a doutrina tem reforçado a existência de um constitucionalismo global⁴ e a presença de um constante diálogo entre Supremas Cortes acerca de conflitos

¹ Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF). Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Professor Livre-Docente em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia.

² ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997.

³ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, 2006.

⁴ LAW, David; MILA, Versteeg. The Ideology and Evolution of Global Constitutionalism. *California Law Review*, v.99, n.5, 2011.

constitucionais comuns, tais como: aborto, união homoafetiva, financiamento eleitoral etc.⁵

O Brasil também se alinha a essa tendência. A seu turno, o Supremo Tribunal Federal ocupa uma posição de destaque no contexto político do país, ao passo que também tem procurado dialogar com outras Cortes Constitucionais. No entanto, a despeito de compartilhar experiências com outros países, o curso histórico que levou a nossa Suprema Corte a essa posição assumiu alguns contornos particulares que merecem ser problematizados.

Nossa nação possui uma narrativa complexa, pautada pela instabilidade política em seus anos iniciais. Ao longo de seu processo de formação nacional, observou-se alternância entre períodos democráticos e períodos autoritários, entremeados por momentos de crise constitucional. A nossa Constituição em vigor, denominada de “Constituição Cidadã”, pretendeu instaurar em definitivo um regime democrático em nosso país, após décadas de militarismo. Para tanto, promulgou uma Carta Política plural e simbólico, cujo momento fundacional foi precedido de intensa ebulição política, com permeabilidade à participação deliberativa de vários setores sociais. Inegável que, passados mais de 30 (trinta) anos, diversos acontecimentos testaram a estabilidade de nossas instituições e de nossa jovem Constituição, as quais, no entanto, mantêm-se híidas.

Indubitavelmente, durante essas três décadas, o Supremo Tribunal Federal se destacou como guardião do Projeto de Nação estabelecido pela Constituição Cidadã. Mais do que isso, o Tribunal tem exercido esse papel de modo a assegurar e a salvaguardar as garantias fundamentais expressas na Carta Maior, em conjunto com a sociedade civil.

Em meio a esse cenário, o presente artigo pretende refletir acerca da ascensão do protagonismo judicial no contexto brasileiro, com olhos atentos ao referido ator central desse movimento: o Supremo Tribunal Federal (STF). Defende-se aqui, portanto, que a Constituição de 1988 foi um elemento crucial para que o órgão de cúpula

⁵ Ver: JACKSON, Vicki. *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance and Engagement*. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 119, p. 109-128, 2005; CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

do Judiciário assumisse uma posição de destaque, na medida em que veiculou um conjunto de incentivos normativo-estruturais que permitiram a concretização e o estabelecimento de uma Corte democrática e independente.⁶

Para desenvolver essa reflexão, além de introdução e conclusão, este texto se dividirá em três partes.

A primeira parte abordará o fenômeno de ascensão de Cortes Constitucionais em nível global, expondo, também, as críticas filosóficas a seu respeito. Por sua vez, a segunda parte do texto explora as particularidades desse fenômeno na experiência nacional. Observa-se a Constituição Federal como elemento central para a ascensão do Supremo Tribunal Federal enquanto protagonista do regime democrático brasileiro. Por fim, a terceira parte deste trabalho responde algumas críticas à atuação do STF, contrapondo-as com argumentos relacionados à orientação do Tribunal (*i*) para tornar-se cada vez mais acessível à população e (*ii*) para dialogar com a sociedade civil na construção da interpretação constitucional.

I. As cortes constitucionais e o constitucionalismo global

Desde a promulgação das primeiras Constituições, o constitucionalismo é vislumbrado como “*técnica garantística de limitação do poder político absoluto*”.⁷ Com o fim da 2ª Guerra Mundial, o ideal de constitucionalismo ganhou novos significados e passou a ser observado como fundamento crucial para um regime verdadeiramente democrático. Dessa forma, constitucionalismo e democracia começaram a ser vistos sob uma inerente tensão⁸ de ordem constitutiva, co-originária e produtiva.

Segundo o professor da Universidade de Harvard, Frank Michelman, essa tensão representa um paradoxo essencial para qualquer democracia constitucional.⁹ De

⁶ FUX, Luiz. **A Jurisdição Constitucional na experiência do Supremo Tribunal Federal**: uma caminhada democrática, independente e corajosa. In: FUX, Luiz; ARAUJO, Valter Schuenquener de. (Coord.). **Jurisdição Constitucional II**: Cidadania e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

⁷ FUX, Luiz; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. **Constituições e Cultura Política**: para além do constitucionalismo contramajoritário. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian R. L. (Org.). **Liberdade e Fraternidade**: a contribuição de Ayres Britto para o Direito. 1ª ed. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 47.

⁸ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6, n.1, p. 159-174, jan. 2010, p. 166.

⁹ MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

um lado, a democracia seria o autogoverno do povo, vez que a própria população decidiria os rumos e conteúdos normativos fundamentais de sua comunidade política. De outro lado, o constitucionalismo seria uma verdadeira limitação e contenção dessa tomada de decisão popular por meio de uma norma fundamental – a Constituição – que definiria os procedimentos da política majoritária, a produção normativa e as estruturas do poder político, por exemplo. Assim, sem o constitucionalismo, estaríamos sujeitos à possibilidade de uma ditadura da maioria, ao passo que, sem a democracia, o conteúdo veiculado pelo constitucionalismo careceria de legitimidade.¹⁰

Sob este novo paradigma, diversos países começaram a adotar Constituições escritas. De certo modo, os anos de 1970 e 1980 trouxeram o ímpeto histórico de rechaço ao totalitarismo e de resgate de ideias humanistas e garantistas de modo a prever um rol de direitos comum. Essa enumeração se deu em alguns níveis, quais sejam, (i) direitos políticos e liberdades, (ii) direitos socioeconômicos ou (iii) direitos coletivos e difusos. David Law e Mila Versteeg, ao empreender um estudo empírico sobre a evolução e a convergência dos vários constitucionalismos, defendem que a interação e a incorporação de direitos, princípios e formas de organização do poder se dariam de quatro formas: a aprendizagem, a competição, a conformidade e as redes constitucionais.¹¹

Não por coincidência, a concretização desses direitos vai suscitar problemas similares, em relação aos quais as Cortes Constitucionais, dotadas do poder de exercer a *judicial review*, são instadas a se manifestar. Por essa razão, a atividade argumentativa das Cortes incluiu em seu repertório os precedentes de outras cortes, no intuito de adotar soluções similares ou afastar as soluções aplicadas em outros países.¹²

Nesse sentido, é mais fácil compreender a posição de relevo ocupada pelo Poder Judiciário,¹³ em especial no âmbito das Cortes Constitucionais, que passaram a exercer um papel central na interpretação do sentido das previsões constitucionais. Assim, em experiências distintas e em certos recortes temporais, Cortes Supremas passaram a

¹⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, 2003, p. 82.

¹¹ LAW, David; MILA, Versteeg. The Ideology and Evolution of Global Constitutionalism. **California Law Review**, v.99, n.5, 2011, p. 1166-1171.

¹² GROPPI, Tânia. **El uso de precedentes extranjeros por parte de los Tribunales Constitucionales**. In: CAVALLO, Gonzalo Aguilar. **Diálogo entre jurisdicciones**. Santiago Chile: Librotecnia, 2014, p. 83-108.

¹³ TATE, C. N; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

dirimir conflitos de fundo político e moral com alto impacto social por meio do exercício do controle de constitucionalidade das leis, conseqüentemente, tornando-se *players* cruciais no *decision-making process* de suas nações.

Isso se deu, não raras vezes, a partir de uma linguagem ancorada em argumentos que prezam pela defesa da normatividade dos direitos fundamentais enumerados em suas respectivas Constituições, bem como com o intuito de proteger minorias políticas de possíveis situações de tirania advindas do jogo político majoritário. Com a seminal contribuição de Alexander Bickel¹⁴, essa “*dificuldade contramajoritária*” foi sendo ultrapassada a partir da disseminação da ideia desse poder como o responsável por proteger as minorias e guardar as garantias fundamentais intransponíveis.¹⁵

A ascensão e o fortalecimento das Cortes Constitucionais ao redor do mundo, bem como sua crescente atuação expansiva fez com que estudiosos¹⁶ olhassem para este fenômeno com certo ceticismo e tecessem diversas críticas quanto ao papel da jurisdição constitucional em uma democracia. Dentre essas, dois grupos de críticas parecem se destacar: (i) as críticas quanto à legitimidade democrática dessas instituições e (ii) as reflexões críticas quanto aos riscos de se formar um paradigma sufocante de supremacia judicial.

A primeira linha crítica, de modo geral, observa este papel contramajoritário do Judiciário com certo ceticismo, dando primazia ao processo político representativo e à lógica democrática. Assim, tal perspectiva trouxe relevantes reflexões no seguinte sentido: afinal, juízes que não foram eleitos pela população estariam aptos a decidir problemáticas morais de amplo desacordo social e disputas políticas que impactam diretamente a vida dos cidadãos?¹⁷ Conseqüentemente, esses juízes deveriam possuir a

¹⁴ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 2ª Ed, 1986.

¹⁵ Sobre o tema: FRIEDMAN, Barry. The Birth of an Academic Obsession: the History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five. **The Yale Law Journal**, v. 112, p. 153-259, 2002.

¹⁶ Sobre o assunto, ver: TUSHNET, Mark. Against Judicial Review. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, paper n. 09-20, 2009.

¹⁷ ALLAN, James. An Unashamed Majoritarian Critical Notice. **Dalhousie Law Journal**, v. 27, n. 2, 2004.

autoridade para infirmar leis aprovadas por instituições representativas quando convencidos de que essas estariam violando direitos individuais?¹⁸

Para os fins do presente artigo, no entanto, focarei no segundo grupo de críticas. Nesse, autores vinculados a correntes teóricas mais afeitas ao processo político representativo e à participação popular na construção dos significados constitucionais, por exemplo, expressam duras discordâncias quanto ao modelo teórico pelo qual o Judiciário seria o último e principal intérprete da Constituição e o responsável por assegurar as salvaguardas fundamentais dos cidadãos.

Em uma transição entre os argumentos deontológicos sobre legitimidade e a preocupação com a interação real entre Legislativo e Judiciário, John Hart Ely traz interessantes contribuições sobre quando o Tribunal Constitucional pode intervir, primando por uma postura de maior contenção e deferência às deliberações parlamentares.

É preciso, então, ressaltar que ele formula esses postulados face a uma Constituição sintética, em que o grau de detalhamento só se estende à separação de poderes e em que a definição de objetivos constitucionais é deixada em aberto. Ademais disso, Ely se situava em um debate ainda permeado pela disputa filosófica sobre qual a melhor maneira de interpretar a Constituição, no qual também figuravam teorias originalistas¹⁹ e substancialistas²⁰.

Na teoria procedimentalista, a Carta Política teria dois objetivos: (i) manter a máquina democrática em funcionamento, com os canais de participação e de comunicação abertos e (ii) garantir que a maioria e as minorias sejam tratadas com igual respeito e consideração. Enquanto o primeiro propósito se relaciona ao princípio do controle popular, o segundo remete ao princípio do igualitarismo, sendo que ambos fariam parte do processo político em sentido amplo.

Como exposto acima, ao partir de uma acepção de procedimento que engloba as liberdades individuais necessárias à participação, o autor defende, por exemplo, que as

¹⁸ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n.6, p.1346-1406, 2006, p. 1348.

¹⁹ Como expoente do originalismo norte-americano, cita-se o Ministro Antonin Scalia. SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton University Paperbacks, 1997.

²⁰ Também na literatura norte-americana, destaca-se DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Harvard University Press, 1985.

decisões da Era Warren, considerada pela literatura como uma das composições mais progressistas, poderiam ser justificadas por uma preocupação com a justiça procedimental. Por essa razão, opõe-se ao que enquadra sob a alcunha de *abordagens axiológicas*, dedicando boa parte de sua crítica a Alexander Bickel.

Ademais disso, a preocupação em descrever de forma mais detalhada o processo democrático visava a assegurar a abertura da tomada de decisões e, principalmente, a estabelecer que os *decision-makers* teriam o dever de levar em consideração os interesses prevaletentes quanto aqueles que fossem afetados diretamente, em uma relação de representação virtual.

No tocante ao último argumento, o senso de representação virtual seria uma justificativa para a legitimidade do Parlamento em propor e implementar escolhas majoritárias – em última instância, presume-se que a formulação de políticas se dá por meio de procedimentos substancialmente neutros, os quais incluem a consideração prévia e a tentativa de mitigação dos impactos para aqueles que serão afetados, mas cujos interesses não foram os mais contemplados.

Afinal, para Hart Ely, qual seria o espaço reservado ao órgão de cúpula do Judiciário? Em sede de controle de constitucionalidade, estaria incumbido de identificar duas situações: (i) quando os incluídos (maiorias decisórias) inviabilizam os canais de mudança para impedir a permeabilidade de demandas dos grupos excluídos e (ii) quando são antepostas barreiras informais a uma determinada minoria, em especial o preconceito.

Em contrapartida, a principal ressalva que não se pode olvidar é que essa é uma visão pensada para a natureza da Constituição dos Estados Unidos. Perante a plêiade de compromissos que a Constituição brasileira assume com os cidadãos e considerando a dificuldade do avanço de certas pautas nos debates parlamentares, o desafio do Supremo Tribunal Federal consiste em identificar qual é o *timing* correto para se posicionar, impedindo que se retirem prematuramente pautas ainda em discussão na esfera pública.

Ainda defendendo que a Corte não deveria monopolizar a interpretação constitucional e para relativizar a possibilidade de construção judicial do Direito, tem-se o constitucionalismo popular. A crítica, aqui, é feita sob a perspectiva de que outros

atores políticos são igualmente legítimos para promover mudanças informais na forma como direitos são lidos e aplicados.

Autores norte-americanos como Larry Kramer e Mark Tushnet encabeçaram tal teoria no âmbito da Universidade de Harvard. Apesar das particularidades de cada adensamento teórico, o constitucionalismo popular rejeita modelos de intenso protagonismo judicial e suscita um papel mais proeminente por parte da sociedade na construção do direito constitucional. Para Kramer, por exemplo, em um sistema de constitucionalismo popular, o papel do povo não se limita a atos ocasionais de decisão constitucional. Em verdade, a população seria detentora de grande poder por meio de um controle constante e ativo sobre a interpretação constitucional e sobre o *enforcement* do próprio direito constitucional.²¹ Assim, Kramer identifica ainda a supremacia judicial como o verdadeiro inimigo dessa vertente teórica, entendendo-a como “a noção de que juízes possuem a última palavra no que diz respeito à interpretação constitucional e que, conseqüentemente, suas decisões definiriam o significado da Constituição para todos”.²²

Mark Tushnet, por sua vez, descortina um sentido amplo e participativo de interpretação constitucional, colocando a Constituição *para fora das Cortes*. Para o autor, o próprio Direito Constitucional seria um tipo especial de direito, um direito de cunho político.²³ Tushnet, ainda, não rejeita a ideia de constitucionalismo, tampouco se opõe ao dogma da supremacia constitucional. Em verdade, o professor estadunidense se insurge contra a associação entre supremacia constitucional e supremacia judicial, na qual há uma visão demasiadamente centrada nas Cortes Constitucionais. Isso traria o efeito nocivo pelo qual respostas aos problemas constitucionais advindas de outros espaços sociais somente ganhariam reconhecimento e validade, caso respaldadas pela interpretação da Corte.²⁴

Em sentido convergente, a professora Reva Siegel e o professor Robert Post, ambos da Yale Law School, observam as Cortes como atores relevantes e especiais na

²¹ KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism, circa 2004. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 4, 2004, p. 959.

²² KRAMER, Larry D. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Cambridge: Oxford University Press, 2005, p. 125.

²³ TUSHNET, MARK. Popular Constitutionalism as a Political Law. *Chicago-Kent Law Review*, v.81, p. 991-1006, 2006, p. 991.

²⁴ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 186.

construção do significado da Constituição. No entanto, buscam expor, por meio de um modelo teórico cunhado de “constitucionalismo democrático”, que eventuais discordâncias interpretativas por parte da população para com alguma decisão da Corte fazem parte do processo democrático regular de desenvolvimento do direito constitucional. Nesse sentido, reforçam os efeitos construtivos que um *backlash* social às decisões judiciais pode trazer. Assim, o que a Constituição prevê e o que a Corte Constitucional interpreta representariam circunstâncias distintas e associá-las de forma simbiótica consistiria em erro. Dessa forma, discordar de uma decisão judicial ou de uma interpretação constitucional não significaria discordar da Constituição.²⁵

Portanto, em linhas gerais, a partir deste fenômeno de ascensão, expansão e ganho de poder por parte de Cortes Constitucionais, inúmeros teóricos construíram modelos críticos quanto aos riscos advindos de um paradigma de supremacia judicial sufocante. Isso porque são previstos os efeitos de concentração de poder nociva e intensa na figura dos Tribunais e de desincentivo à participação popular ativa

II. A experiência brasileira: O Supremo Tribunal Federal e a guarda da Constituição de 1988

A despeito dessa inegável tendência constitucional de âmbito global – a incorporação e os significados de direitos fundamentais, o enfrentamento de problemas constitucionais comuns e até mesmo as funções desempenhadas pelas instituições em arranjos formalmente idênticos – o exercício da jurisdição constitucional continua a ser condicionado pela cultura política em que está inserida. Apenas a título de exemplo, caso observe-se a noção inerente ao direito à liberdade de expressão, ver-se-á que ela é muito distinta a depender do país, apesar de este ser um direito igualmente previsto por inúmeros ordenamentos constitucionais ao redor do mundo.²⁶

Dessa forma, cabe analisar a recente experiência constitucional brasileira para melhor compreender suas especificidades e particularidades. A atual Constituição foi

²⁵ POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007.

²⁶ Ver, por exemplo: NIEUWENHUIS, Aernout. Freedom of Speech: USA vs Germany and Europe. **Netherlands Quarterly of Human Rights**. v. 18, n.2, p. 195-214, 2000.

um marco para o resgate democrático do país, inserindo elementos de cidadania no processo político brasileiro. Com a derrocada do “anteprojeto dos notáveis” e a consolidação de uma ampla Assembleia Nacional Constituinte, abriram-se os canais democráticos e participativos para a escrita do novo texto constitucional por meio de um amplo e inclusivo processo deliberativo.²⁷ Em outras palavras, o procedimento que precedeu e permeou o momento fundacional é um evento histórico que *de per se* legitima boa parte dos pré-compromissos assumidos. A redação final desta Carta política, por conseguinte, é fruto de substancial participação popular, com representantes dos mais variados segmentos da sociedade.

A Constituição de 1988 trouxe mudanças estruturais para o sistema político brasileiro, para a ordem econômica nacional e para diversos outros âmbitos, inclusive no tocante à estrutura e ao papel do Poder Judiciário como um todo. Um dos atores mais impactados pelo novo ordenamento constitucional foi o próprio Supremo Tribunal Federal. Se, atualmente a Corte se encontra em uma posição de elevado protagonismo social e político, isso se deve à construção de suas legitimidades institucional e decisória. Nesse sentido, poderíamos elencar quatro correlações entre a redação e os impactos da promulgação da Carta Maior e o papel que o Judiciário ocupa. No entanto, esse fato só foi possível graças à promulgação dessa relevante Carta fundamental por ao menos quatros motivos.

Primeiro, com o advento da Constituição de 1988, a democracia brasileira e a separação de poderes se fortaleceram, de modo que o Poder Judiciário adquiriu mais independência e autonomia.²⁸ Isso porque, mantidas a estrutura básica e as regras de composição da Corte, haveria menor espaço para manobras que o afetassem, tais como a estratégia do *court-packing*. O STF, diferentemente do ocorrido nas Constituições anteriores, ficou intocado quanto a sua estrutura básica e a sua composição – mantendo-se “o número, a forma de indicação e as garantias dos Ministros”²⁹. Não só os Ministros

²⁷ ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democracia. **Lua Nova**, São Paulo, v.88, p. 29-87, 2013, p. 73-74.

²⁸ SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v.18, n. 51, 2004, p. 82.

²⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, v.12, n.2, p. 405-440, mai. 2016, p. 409.

individualmente tiveram suas garantias protegidas, como também o órgão passou a disfrutar de maior autonomia, por exemplo, no âmbito financeiro e orçamentário. Ao lado do Poder Judiciário, o Ministério Público ganhou força institucional e se tornou mais atuante.

Em segundo lugar, a Constituição acabou por incluir em seu bojo detalhes sobre diversas temáticas, valendo-se de metas e princípios abertos para veicular um *projeto de nação*. Segundo o Ministro e professor Luís Roberto Barroso³⁰, esse fenômeno é chamado de “*constitucionalização abrangente*”, – inúmeras matérias que “antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária” foram introjetadas no texto constitucional. Em consequência disso, pretensões antes relegadas ao âmbito de deliberação política passaram a ser passíveis de judicialização, isto é, tornaram-se potenciais pretensões jurídicas.

Nesse ponto, cumpre observar que a redação extensa do texto constitucional não é uma exclusividade do Brasil; trata-se de uma tendência em boa parte dos países da América Latina, em meio à *onda de democratização* que sucedeu o fim das ditaduras militares. Ao caracterizar o constitucionalismo do *Global South*³¹, o professor David Landau faz uma correlação entre o detalhamento e o caráter transformativo que se atribui às Constituições. Em sua análise, defende que essa “constitucionalização pesada” é um sinal da descrença da população quanto à política ordinária para a resolução de problemas. Diante das falhas do sistema representativo, surgiria uma necessidade de *ex ante* transformá-lo, fixando balizas mais rígidas para a atividade parlamentar. À medida em que a Constituição deixa de ser uma moldura de contenção da governança (*power map*) e dispõe sobre aspectos de cidadania, boa parte das relações sociais termina por remeter aos valores pelos quais a jurisdição constitucional deve zelar³².

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 4.

³¹ Pelo termo *Global South*, designam-se as nações em desenvolvimento, tanto nas Américas, quanto nos continentes asiático e africano. No entanto, o autor que citamos está investigando, essencialmente, o constitucionalismo latino-americano.

³² LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal**, v. 51, n. 2, p. 319-377, 2010.

Em terceiro lugar, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade foi amplamente redesenhado, de modo que as competências da Corte foram ampliadas³³ e sua arquitetura institucional de guardião da Constituição expandida. Em meio ao nosso sistema híbrido³⁴, que combina características tanto do sistema estadunidense quanto do austríaco-germânico, a Constituição conferiu ao STF funções típicas de, pelo menos, três instituições distintas, à luz das mais diversas estruturas constitucionais ao redor do mundo³⁵: (i) a função de *Tribunal Constitucional*, por exemplo, devendo processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com fulcro no art. 102, I, a da Carta Política; (ii) a função de *Foro Especializado*, no processamento de Ações Penais Originárias, cujos réus são as mais altas autoridades do sistema político brasileiro, competência esta atribuída pelas alíneas ‘b’, ‘c’ e ‘d’ do artigo 102, I; e (iii) a função de *tribunal último de apelação*, ao julgar os recursos extraordinários relativos às causas decididas em única ou última instância, com base nos critérios estabelecidos pelas alíneas do artigo 102, I.

Por fim, em quarto lugar, talvez a mudança mais importante diz respeito ao fim do monopólio do Procurador Geral da República para propor as ações em controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal. O art. 103 da Constituição de 1988 expandiu os canais de acesso à jurisdição constitucional e ampliou o rol dos entes legitimados para propor tais ações. Desta forma, esse dispositivo constitucional “abriu inúmeras portas de entrada para demandas sociais e de minorias políticas na antes restrita agenda do STF”³⁶.

Assim, utilizando-se desses princípios constitucionais abrangentes, movimentos sociais e outros grupos focais de interesse passaram a ser legitimados para, cada vez mais, propor perante o órgão máximo do Judiciário suas demandas não

³³ O Tribunal deixou de exercer somente sua competência de tribunal uniformizador do direito federal infraconstitucional, que passou a ser exercida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

³⁴ Sobre o tema, ver: ARANTES, Rogério Bastos. O Sistema Híbrido de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista CEJ*, Brasília, v.1, n.1, jan./abr. 1997.

³⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez 2008, p. 447.

³⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, v.12, n.2, p. 405-440, mai. 2016, p. 413.

atendidas ou sequer ouvidas pelas instituições majoritárias no processo político ordinário. Ao mesmo tempo, esses *players*, não raras vezes, passaram a adotar um comportamento estratégico: ao serem derrotados no processo político majoritário, judicializam as questões para rediscuti-las e buscar, por meio do Judiciário, eventualmente revertê-las. Dessa maneira, a Corte passou a ter “dezenas de portas de acesso diferentes” pelas quais “indivíduos [e] instituições podem [se] utilizar para levar uma determinada questão ao conhecimento dos ministros”.³⁷

III. Os riscos da supremacia judicial: diálogos entre o STF e a sociedade

A relação entre o Supremo e a Constituição tem sido simbiótica. Ao passo em que a Constituição tenha estruturalmente permitido o protagonismo assumido pelo Tribunal, o Supremo tem sido fiel guardião de sua normatividade, no intuito de reafirmar os compromissos de seu texto e de assegurar o seu cumprimento em momentos de crise e de tensão institucionais.

Nessa relação de influência mútua, a Constituição moldou a estrutura do Tribunal, suas competências e sua missão institucional. Em contrapartida, nesses 30 anos de experiência constitucional, o Tribunal capitaneou a consolidação da Constituição: (i) defendeu e assegurou as salvaguardas fundamentais dos cidadãos nela previstas, (ii) definiu os sentidos de suas cláusulas abertas, (iii) dirimiu questões de alto desacordo político e moral; e (iv) concedeu força normativa às promessas constitucionais. Dessa forma, hoje, pode-se dizer que o Supremo ocupa uma posição central no processo político nacional.

No âmbito brasileiro, alguns autores têm tecido críticas à postura maximalista do Pretório Excelso, em argumentos alinhados àqueles apresentados pela primeira parte deste trabalho. Partindo dos marcos teóricos do constitucionalismo popular, os acadêmicos brasileiros reticentes ao fenômeno de expansão do Supremo Tribunal Federal defendem que a Constituição não pode *vir a ser* um documento estritamente técnico, distante do povo, com seu significado manejado somente por juristas. Para

³⁷ Ibid.

esses, a interpretação constitucional legítima, portanto, pode e deve advir de estruturas sociais e políticas para além do Supremo Tribunal Federal.³⁸

Em trabalho prévio, analisei as possíveis incompletudes e deficiências que essa perspectiva do constitucionalismo popular pode apresentar, tendo em vista exemplos extraídos da experiência do Tribunal³⁹. No entanto, no presente artigo, farei o caminho inverso: explorarei como as atividades decisórias do Supremo têm absolvido e combatido essas críticas, para escapar de um modo de agir que promova a supremacia judicial *algumas reflexões importantes e benéficas que esta perspectiva trouxe para a prática constitucional no âmbito do STF: a atenção ao risco de se instaurar um paradigma sufocante de supremacia judicial*.

Como já exposto, a Constituição de 1988 foi elaborada em meio a um ambiente vibrante de ampla participação popular. Nesse sentido, à luz do próprio intuito cidadão e participativo que deu origem a esta Constituição, são válidas as ressalvas quanto ao monopólio da interpretação e da construção de sentidos pelo STF, com a consequente exclusão dos verdadeiros titulares desta Carta Política – o povo –. Entretanto, do ponto de vista do quadro fático, o Supremo tem combatido esse risco, paulatinamente investindo em remédios preventivos.

Segundo a lição de Joaquim Falcão e de Fabiana Luci de Oliveira, um dos *loci* nos quais a relação entre o STF e a sociedade mais se intensificou foi justamente “na disputa e produção do sentido exigível da Constituição”⁴⁰. Outrossim, a interpretação constitucional tem se apresentado como um espaço público de deliberação e uma verdadeira arena de decisão. Nesse sentido, as relações comunicativas entre o STF e a sociedade têm conduzido a um reconhecimento de sua legitimidade pelos demais partícipes da comunidade política. O resultado desses esforços é o estabelecimento de uma jurisdição constitucional democrática, participativa e inclusiva. Se é comum reconhecer o STF como detentor do “monopólio da interpretação exigível”⁴¹, é

³⁸ GODOY, Miguel G. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

³⁹ FUX, Luiz. **O papel do Supremo Tribunal Federal e a salvaguarda das manifestações sociais**: para além da dicotomia substancialismo e procedimentalismo. In: FUX, Luiz; ARAUJO, Valter Schuenquener de. (Coord.). **Jurisdição Constitucional II: Cidadania e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

⁴⁰ FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a Agenda Pública Nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013, p.430.

⁴¹ *Ibidem*, p. 431.

necessário perceber também que o Tribunal tem primado pela abertura à população, aproximando-se do ideal de Peter Häberle de uma “*sociedade aberta dos intérpretes da constituição*”⁴².

Dessa maneira, o Supremo tem, sim, definido os significados exigíveis da Constituição, mas não tem avocado para si a função de único ator legítimo desse processo. No ímpeto de não compactuar com o *modus operandi* excludente de supremacia judicial, a Corte tem buscado sua permeabilidade à sociedade como um todo na construção da interpretação constitucional⁴³. Isso tem sido feito a partir de, pelo menos, dois mecanismos: a realização de audiências públicas e a admissão de *amici curiae*.

Ora, é interessante notar que a pluralização da jurisdição foi realizada por meio de mudanças procedimentais, de forma que se priorizou a abertura de canais de participação no âmbito do próprio processo de tomada de decisão, que até então era muito autocentrado e técnico. Tais avanços apontam para uma instituição que está comprometida não com a imposição externa e definitiva de valores e visões, mas que se abre para dar “vez e voz” às múltiplas camadas populacionais.

De uma perspectiva formal, a Lei 9.868/99 foi responsável por inserir ambas as figuras na jurisdição constitucional brasileira.⁴⁴ Assim, pode-se afirmar que “a Jurisdição Constitucional no Brasil adota, hoje, um modelo procedimental que oferece alternativas e condições as quais tornam possível, de modo cada vez, mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional”.⁴⁵ Nesse diapasão, podemos tomar 2 (dois) exemplos: a ADI 4650⁴⁶ (financiamento de campanhas políticas) e a ADC 42⁴⁷ (Código Florestal), ambos de minha relatoria.

⁴² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. **Revista Direito Público**, Brasília, v.11, n.60, 2014.

⁴³ Cumpre notar, no entanto, que ainda existem barreiras relativas ao acesso desses mecanismos de participação do Tribunal. Todavia, é inegável o mérito de tais iniciativas do STF de modo a se afastar de um paradigma de supremacia judicial sufocante.

⁴⁴ GODOY, Miguel G. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 187.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 2, 2008/2009, p. 4.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 17/09/2015, DJe 24/02/2016.

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADC 42**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 28/02/2018, DJe 08/03/2018.

No primeiro caso, a ADI foi ajuizada, em 2011, pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questionando dispositivos da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.906/95) e das Eleições (Lei 9.504/97), no tocante à autorização de doações de recursos de pessoas jurídicas privadas para campanhas eleitorais de partidos e de candidatos. Na ocasião, ressaltai a importância da colaboração da sociedade para com a Suprema Corte, em questões de forte impacto nacional. O financiamento de campanhas se apresenta como um tema central para nossa democracia, de modo que o modelo regulatório estabelecido pela decisão buscou evitar cooptações causadoras de fortes prejuízos ao sistema político-representativo como um todo.

Desta forma, foram admitidos diversos *amici curiae* e realizou-se uma longa audiência pública, nos dias 24 e 23 de junho de 2013, para que fosse possível não só compreender informações técnicas relevantes para o processo, porém, igualmente, escutar aqueles que seriam, direta e indiretamente, influenciados pela decisão. Foram aceitos como *amici curiae* e como expositores diversos partidos políticos, institutos de pesquisa e instituições do âmbito acadêmico, como a Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ.

No segundo caso, foram questionados dispositivos do Código Florestal, no julgamento conjunto da Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 (ADC 42) e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937. Convocou-se uma audiência pública para o dia 18 de abril de 2018, da qual participaram inúmeros movimentos sociais, como o Núcleo Amigos da Terra Brasil, importantes acadêmicos e pesquisadores sobre a questão, como o Mater Natura – Instituto de Estudos Ambientais, bem como representantes de órgãos governamentais relacionados à questão ambiental e de setores da economia impactados pela Lei. Nessa ocasião, os *amici* foram mais assertivos quanto à falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para deliberar sobre os limites de exploração econômica dos recursos naturais. As informações prestadas por especialistas e as objeções dos setores impactados pelo marco legal (Lei 12.651/2012) foram essenciais para que se proferisse uma decisão empiricamente informada, nos termos do acórdão já proferido pelo STF. Percebe-se, assim, a importância prática da participação dos mais variados segmentos sociais e de especialistas da área para o alcance de um desfecho técnico, participativo e democrático.

Em síntese, quando confrontado com demandas sociais, políticas e econômicas de alto impacto, o Tribunal tem se utilizado desses mecanismos para galgar maior legitimidade decisória e para ter acesso a opiniões abalizadas. São fatores que adicionam a *expertise* interdisciplinar e a necessária consideração dos impactos à leitura de disposições normativas, tornando a prestação jurisdicional mais completa e adequada.

IV. Conclusão

A promulgação da Constituição de 1988, que comemora 30 anos de conquistas e desafios, foi simbólica para o resgate do regime democrático no Brasil. Após o período ditatorial, a Constituição Cidadã reinstaurou um ambiente de liberdade, de igualdade e de participação cívica no país. O Poder Judiciário brasileiro e, em especial, o Supremo Tribunal Federal se destacou como um importante ator institucional na defesa do projeto de construção nacional.

Nesse sentido, o STF reiteradamente atua de modo a assegurar e a defender os direitos e as garantias fundamentais previstos, arbitra conflitos políticos sensíveis e soluciona controvérsias econômicas de alta complexidade. Para tanto, observa fielmente a sua posição institucional no equilíbrio entre os Poderes e a sua missão mais ampla de reforçar a normatividade da plêiade de compromissos que vinculam a nossa comunidade política.

Conforme observei na primeira parte, o protagonismo exercido pelo STF no processo decisório não é uma particularidade brasileira. Nesse trabalho, demonstrei que diversas Cortes Supremas se destacaram no âmbito de seus contextos institucionais. Em uma perspectiva global, tais Cortes, por meio do exercício do *judicial review*, resolvem litígios envolvendo questões altamente relevantes para a vida política de suas nações.

Nessa senda, a nossa Constituição Federal da veiculou incentivos que permitiram o protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a Carta fundamental expandiu as competências do Tribunal, fortaleceu sua independência e autonomia frente aos outros Poderes e expandiu as condições de acesso à Justiça. Esse fenômeno não transcorreu indene de críticas, especialmente quanto à legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para arbitrar demandas de alta relevância

política, social e econômica. Todavia, a problematização em torno da legitimidade judicial muitas vezes desconsidera que a deferência excessiva dos tribunais aos demais poderes, especialmente ao Poder Legislativo, obstaculiza pautas que não têm sido absorvidas pelo processo político ordinário. Ainda assim, quando percebe necessária a excepcional intervenção judicial no conflito, o Supremo Tribunal Federal, como exposto na última parte deste artigo, tem priorizado aberturas procedimentais, mediante dois mecanismos principais: a realização de audiências públicas e a admissão de *amici curiae*.

Nesse ponto, ao exercer seu papel de guardião da Constituição, porém em mente de suas limitações institucionais, o Supremo defende e interpreta os preceitos constitucionais à sua melhor luz. Para tanto, sem hesitações, na medida em que se torna necessário, o Tribunal dispensa o discurso jurídico hermético para escutar os atores políticos e os especialistas científicos sobre as controvérsias que, além de tangenciar as garantias constitucionais, demandam amplo conhecimento do contexto e dos impactos das soluções juridicamente possíveis.

O que se afigura o maior desafio do Supremo Tribunal Federal é prestar sua jurisdição sem perder de vista a função de proteção das minorias nem olvidar a importância de preservar e eventualmente expandir as conquistas democráticas de todos os cidadãos. Como tem se comportado ao longo dos últimos trinta anos – o Supremo Tribunal Federal é o árbitro último dos conflitos e a mola-mestra de nossa democracia, sempre disposto a dialogar com os demais atores, com vistas ao fortalecimento do processo político e à construção de uma comunidade verdadeiramente plural. Apesar dos inúmeros desafios que tivemos, a estabilidade institucional alcançada pela democracia brasileira desde 1988 testemunha a favor de nosso futuro: o Supremo Tribunal Federal permanecerá firme em seu mister de guardião maior da Constituição da República Federativa do Brasil.

Referências bibliográficas

1. ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997.
2. ALLAN, James. An Unashamed Majoritarian Critical Notice. *Dalhousie Law Journal*, v. 27, n. 2, 2004.
3. ARANTES, Rogério Bastos. O Sistema Híbrido de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista CEJ*, Brasília, v.1, n.1, jan./abr. 1997.
4. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, v.12, n.2, p. 405-440, mai. 2016.
5. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012.
6. BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 2ª Ed, 1986.
7. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADC 42**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 28/02/2018, DJe 08/03/2018.
8. _____. **ADI 4650**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 17/09/2015, DJe 24/02/2016.
9. CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, 2003.
10. CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.6, n.1, p. 159-174, jan. 2010.
11. CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
12. FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a Agenda Pública Nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista? *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013.
13. FUX, Luiz. **O papel do Supremo Tribunal Federal e a salvaguarda das manifestações sociais**: para além da dicotomia substancialismo e procedimentalismo. In: FUX, Luiz; ARAUJO, Valter Schuenquener de. (Coord.). **Jurisdição Constitucional II**: Cidadania e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
14. _____. **A Jurisdição Constitucional na experiência do Supremo Tribunal Federal**: uma caminhada democrática, independente e corajosa. In: FUX, Luiz; ARAUJO, Valter Schuenquener de. (Coord.). **Jurisdição Constitucional II**: Cidadania e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
15. _____.; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. **Constituições e Cultura Política: para além do constitucionalismo contramajoritário**. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian R. L. (Org.). **Liberdade e Fraternidade: a contribuição de Ayres Britto para o Direito**. 1ª ed. Salvador: Juspodvm, 2017.
16. FRIEDMAN, Barry. The Birth of an Academic Obsession: the History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. *The Yale Law Journal*, v. 112, p. 153-259, 2002.
17. GODOY, Miguel G. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

18. GROPPPI, Tânia. **El uso de precedentes extranjeros por parte de los Tribunales Constitucionales**. In: CAVALLO, Gonzalo Aguilar. **Diálogo entre jurisdicciones**. Santiago Chile: Librotecnia, 2014.
19. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional –A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Revista Direito Público**, Brasília, v.11, n.60, 2014.
20. HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, New York, v. 75, n. 2, 2006.
21. JACKSON, Vicki. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance and Engagement. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 119, p. 109-128, 2005.
22. KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism, circa 2004. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, n. 4, 2004.
23. _____. **The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Cambridge: Oxford University Press, 2005.
24. LAW, David; MILA, Versteeg. The Ideology and Evolution of Global Constitutionalism. **California Law Review**, v.99, n.5, 2011.
25. MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 2, 2008/2009.
26. MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. Nova Jersey: Princenton University Press, 1999.
27. NIEUWENHUIS, Aernout. Freedom of Speech: USA vs Germany and Europe. **Netherlands Quaterly of Human Rights**. v. 18, n.2, p. 195-214, 2000.
28. POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007.
29. ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democracia. **Lua Nova**, São Paulo, v.88, p. 29-87, 2013.
30. SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v.18, n. 51, 2004.
31. TATE, C. N; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.
32. TUSHNET, MARK. Popular Constitutionalism as a Political Law. **Chicago-Kent Law Review**, v.81, p. 991-1006, 2006.
33. _____. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.
34. _____. Against Judicial Review. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, paper n. 09-20, 2009.
35. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez 2008.

O poder político do juiz na aplicação da lei

O legal e o justo e a visão da consequencialidade. Ativismo judicial

Áurea Pimentel Pereira¹

Ao tempo em que não havia sido concebido, ainda, no sistema da tripartição dos Poderes, os juízes não eram vistos como integrantes de um Poder constituído.

A visão que, então, se tinha deles era, no dizer de *Montesquieu*, tão somente, a de: *“la bouche inanimé qui prononçait les paroles de la loi”*, lei que era, por eles aplicada, como um “tecido morto” e não como um “tecido vivo”, capaz de reações novas. (*apud “L’Esprit des Lois”*).

Por isso mesmo, a missão que era aos juízes conferida tinha limites angustos, chamados que eram, apenas, a dizer a lei que sobre o caso concreto incidia e com base nela decidir.

À época, o que de um juiz se esperava era o conhecimento das leis, ao lado daquelas virtudes passivas – sem dúvida sempre festejadas – as quais, como lembrou Cappelletti em sua obra: *“Il potere dei giudici”*, traduziam-se em imparcialidade, independência e equidistância dos interesses das partes, virtudes que guardam conexão com o comportamento ético, que de um magistrado deve ser sempre exigido.

O que a tais juízes então se conferia era, diga-se mais uma vez exclusivamente a missão de dizer a lei aplicável na espécie e com base nela decidir.

¹ Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autora de *Alimentos no direito de família e no direito de companheiros*, entre outras obras especializadas de Direito Constitucional e de Família. Conferencista e Vice-Presidente do Fórum Permanente de Estudos Interdisciplinares, Ética e Deontologia no Exercício da Jurisdição e das Funções Essenciais da Justiça da EMERJ.

Foi seguindo essa linha de entendimento que, como lembrou Diogo Figueiredo, em erudito estudo jurídico publicado na Revista “Cidadania e Justiça” nº 1, de 1999, surgiu na França “a Clássica Escola de Exegese, que levava no máximo rigor o valor abstrato da Lei”: (*toute la loi mais rien que la loi*), doutrina que lançou os fundamentos do dogmatismo positivista, que se desenvolveu em sua plenitude e se tornou hegemônico até o final do século XX.

Com o evoluir dos tempos, os rígidos princípios do positivismo jurídico experimentaram expressivas transformações, distanciando-se daquela hermética doutrina francesa. Nesse passo, surgiria, então, uma nova escola de pensamento, da qual Diogo de Figueiredo Moreira Neto cita como exemplo, o modelo inglês, segundo o qual “o juiz aplica a lei que descobre no direito”, não mais se limitando “a aplicar o direito que se expressa na lei”.

Assim, o juiz moderno, como anotou José Afonso da Silva, citando Milton Campos, em sua obra célebre “Poder Constituinte e Poder Popular”, não é mais o frio aplicador das leis, antes tidas como “letras mortas”; torna-se o profissional diante de “um tecido novo; capaz de reações novas, ante a provocação de situações novas”.

O juiz dos nossos tempos nenhuma identificação guarda mais com o modelo de magistrado descrito por Montesquieu em sua obra clássica “*L’Esprit des Lois*”, na qual o magistrado é definido como “*des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”.

Hoje, a missão de julgar, tarefa que a um juiz é conferida, por constituir “encargo quase divino”, deve ser exercida de forma virtuosa, cívica, independente, imparcial e com fidelidade ao Direito e à Justiça. Para o exercício de tão importante missão, ao juiz deve ser garantida possibilidade de se colocar em absoluta independência em relação às parte e eventuais injunções de qualquer dos outros Poderes Públicos. Tal missão reveste-se, portanto, de especial grandeza, na medida em que exige do julgador – além do conhecimento da lei e fidelidade ao Direito e à Justiça – aqueles atributos de ordem moral, que no dizer de Calamandrei “fazem da missão de distribuir Justiça, verdadeiro sacerdócio”.

A boa administração da justiça exige, portanto, do juiz a correta aplicação das leis; a absoluta fidelidade do julgador àqueles princípios da moral e da ética, de comportamento, que constituem verdadeiras garantias para os jurisdicionados.

A moral, lembre-se, constitui o respeito aos valores humanos, ao que é reto e virtuoso.

A ética, do grego “*ethike*”, se confunde com a própria ciência da moral; com as regras de comportamento; com o respeito aos direitos e deveres, que o homem deve observar na sociedade; com a reta conduta, enfim, com aqueles valores que se exige dos magistrados no exercício de sua nobre função.

Ao lado da ética, dos predicados de ordem moral, é certo que de um magistrado há de ser exigir profundo conhecimento das leis e, no processo, absoluta independência e equidistância dos interesses das partes, ou de injunções políticas e, finalmente, um grande amor à Justiça. A moral, lembre-se, constitui valor humano; o respeito ao que é reto e virtuoso.

Veja-se como anotou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em palestra proferida na EMERJ, acerca do exercício da árdua missão de distribuir Justiça:

Tem o juiz, sobre seus ombros uma terrificante responsabilidade e não menos fonte de geração de expectativa, para todos os que procuram a Justiça, daí a razão de sua importância na sociedade; do rigor na cobrança de seus deveres, mas, também, de suas prerrogativas; da sua proteção; de garantia de sua independência e da sua liberdade. (Revista da EMERJ vol. 3. Ano 2000, páginas (24/42).

Assim, tendo o juiz de dirimir conflitos nos autos instalados, em que os direitos se encontram contrapostos, deve ele, antes de tudo, levar em conta, para o exercício da jurisdição, os conceitos do “legal” e do “justo” que, embora distintos, têm em comum o respeito e a harmonia que devem guardar perante à ordem jurídica.

A busca do “legal” e do “justo”, constitui desafio que cabe ao juiz enfrentar. Muitas vezes, exige-se do magistrado uma verdadeira obra de adaptação à lei, do direito em discussão. Tal pode acontecer, como registrou José Carlos Moreira, no processo civil, em que a atividade judicante se desenvolve de forma criativa - assim acrescentou o douto jurista: “o juiz faz opções de caráter valorativo e, no sentido lato do termo, político”.

O exercício, pelo juiz, de verdadeiro Poder Político, encontra-se reconhecido quando, na Constituição Federal, em seu artigo 37, conferido foi à autoridade judiciária o controle dos atos da Administração Pública, em harmonia com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, hipótese em que, como assinalou Miguel Reale no estudo “O judiciário a serviço da Sociedade”: “uma tomada de posição jurídica, como também ética, está sendo exigida do magistrado” (*apud* Diogo de Figueiredo Moreira Neto - Revista Cidadania e Justiça, nº 1/1999).

É verdade que, em certas ocasiões, a busca, pelo juiz, de uma solução exata para determinada causa, pode levá-lo a uma interpretação da lei, de certa forma criativa, que todavia estará sempre sujeita a limites, que não podem ser transpostos, para considerar, incluídos na norma, certos casos no texto legal não expressamente referidos, com a criação, destarte, de um “direito novo”, via da inclusão, na lei, de hipótese nela não expressamente considerada, inovando-se em matéria que constitui “o próprio fundo do direito”, transmudando-se, nesse caso, o juiz, em legislador (*Law Makers*).

Ao se reconhecer que, no momento de decidir no processo, o juiz exerce Verdadeiro Poder Político – como assinalou Fernando Whitaker, em sua obra “O Sistema Constitucional Brasileiro”, não se está usando a expressão “Político” em seu sentido vulgar, até porque nas Constituições Democráticas, como é o caso da Carta Magna brasileira: “Direito e Política não se conciliam”. A esse respeito, confira-se a norma do inciso III, do artigo 95, da Lei Maior Brasileira, expressa a vedar aos juízes o exercício de atividade política.

Assim, quando se reconhece que, ao julgar, exerce o juiz um Poder Político, é certo que a expressão “Político” está sendo usada em seu mais alto sentido, guardando, na verdade, como lembrou Andre Malraux, relação com a autoridade que se confere a

um magistrado de: “transformar o Direito em Justiça, sintonizando a rigidez da lei com a insondável complexidade da vida” (*apud* Fernando Whitaker; obra citada; pag. 306).

Discute-se se constituirá “um bem ou um mal” o exercício pelo juiz – quando do julgamento de uma causa – da interpretação de uma lei que lhe pareça vaga ou imprecisa quanto aos elementos do Direito nelas contidos – fazendo-a de forma criativa para justificar sua aplicação ao caso concreto na lide discutido.

Em casos tais, observa Cappelletti, tem-se que ao julgador é conferida uma certa margem de discricionariedade na interpretação da lei, para justificar sua aplicação à hipótese em julgamento, atualmente vista como caracterizadora de um “ativismo judicial”, ocorível, nos casos dos julgamentos feitos, com fundamento na equidade (obra já citada, página 43).

É inquestionável, portanto, que um juiz, ao decidir uma causa – como agente que é da soberania Estatal – exerce um Poder Político, que se exterioriza através do *dicere ius*, feito sempre com a avaliação do legal e do justo.

Sobre essa questão, judiciosa é a observação de Diogo Figueiredo Moreira Neto, forte a lembrar que:

*O Poder Judiciário, em sua milenar evolução, realmente transcendeu o seu papel clássico e adquiriu uma função política, cabendo-lhe não apenas aplicar a norma ao caso concreto, mas adaptá-la, integrá-la à ordem jurídica, e, até mesmo, examiná-la diante de padrões principiológicos de assento constitucional, o que exige a superação da tradicional lógica do racional e a adoção, sempre que necessário, da lógica do razoável, sem a qual, no ensinamento de Recasens Siches, “uma lei jamais cobra plenitude de sentido”. (*apud* Cidadania e Justiça, Ano 6, 1999, pag. 79).*

Quando da distribuição da justiça, todavia, ao juiz não é conferido o direito de transpor os limites da lei, para nela incluir Direito em seu texto não previsto, transmudando-se em legislador positivo, carreando insegurança para o direito das partes, no processo, e comprometendo todo ordenamento jurídico.

Nessa ordem de ideias, não constitui demasia lembrar que não se insere, nos limites dos poderes ao juiz conferidos – quando do julgamento de uma causa – plena liberdade para, a pretexto de fazer “melhor justiça”, criar um direito alternativo – como preconizam certas escolas modernas de que constituem exemplos as americanas do “*legal realism*” e a do “*sociological jurisprudence*”; as alemãs do “*Freirechtsschule*” e francesa do “*méthode de la libre recherche scientifique*”, de François Geny.

Essas escolas – sublinha Cappelletti, em sua obra, nesta exposição, já anteriormente citada – de posições muito avançadas vêm a figura do Juiz, “criador do direito”, cercada de grande responsabilidade política, notadamente, quando é chamado a proferir uma decisão, que não esteja inspirada nas doutrinas tradicionais.

Todavia – é ainda de Cappelletti a observação – embora ao juiz, quando do julgamento de uma causa, seja permitida uma certa interpretação aparentemente criativa do Direito, não há como conferir-lhe uma liberdade absoluta, de modo a garantir-lhe a criação de “um direito novo”, capaz de conduzi-lo – como lembrou Lord Devlin – em sua obra “*Judges and Law Makers*” – distorções perversas, próprias de um “Estado

Totalitário”, inimaginável na vigência de um “Estado Democrático de Direito”.

É verdade que, ao interpretar uma lei, em certas ocasiões, precisa o Juiz fazê-lo *cum grano salis*, de modo a dar à hipótese submetida a julgamento, uma solução ao mesmo tempo legal e justa.

Em casos tais, todavia – como advertiu o Ministro Carlos Alberto Direito em estudo jurídico anteriormente trazido à colação – “não pode o juiz fazê-lo de forma discricionária, de modo a desbordar para o arbítrio, com a criação de um Direito Novo, transmudando-se, nesse caso em legislador (“*law makers*”), sem que, para tal, tenha competência institucional”.

Nesse mesmo sentido é a opinião de Cappelletti – expressa em sua obra já anteriormente mencionada – e, dentre nós, a de Lopes da Costa, este último, a advertir que: “O juiz não é legislador. A autoridade de suas decisões assenta na autoridade da lei. É necessário que ele demonstre a conformidade entre uma e outra”. (*apud* Direito Processual Civil Brasileiro, Vol. 3, páginas 25 a 27).

Nessa ordem de ideias, tem-se, portanto, que, quando da aplicação de uma lei, a pretexto de interpretá-la, o juiz haja transposto os limites de sua incidência, o seu atuar valerá por verdadeiro “Ativismo Judicial”, nem sempre possível de ser exercitado.

Sobre o Ativismo Judicial, algumas observações merecem ser feitas.

Como lembrou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, do Superior Tribunal de Justiça, em excelente exposição, publicada na revista *Magistratus*, nº 4, de maio do corrente ano: “a expressão ‘ativismo judicial’ é polêmica e controversa”; na oportunidade indagou: “se não representaria a característica de um judiciário mais atuante e positivo, em especial quando os outros Poderes são inertes, ou se não configuraria usurpação das funções dos Poderes Legislativo e Executivo”.

A respeito dessa questão (“Ativismo Judicial”) pode ser lida, na Revista citada, a opinião do jurista Lênio Luiz Streck, forte a advertir que: “o ativismo judicial, pode ter uma repercussão ruim para a Democracia se e quando possa resultar de comportamentos e visões pessoais de Juízes e Tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”.

Sobre essa matéria, forte é a opinião do Ministro Luiz Roberto Barroso, a defender a ideia do “Ativismo Judicial” por ele visto *verbis*: “como atuação mais intensa do Poder Judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, como maior interferência no espaço de atuação de outros Poderes” (*apud* Revista *Magistratus* nº 4).

Sobre o ativismo judicial, temos firmada a seguinte opinião que, em apertada síntese, nos propomos referir.

É certo que, em determinados casos, quando do julgamento de uma causa, haja sido invocada para aplicação uma lei que não pareça suficientemente clara com relação à sua abrangência, e tenha, nada obstante, o Juiz de, com base nela, decidir. Em casos tais, é certo que ao interpretar a lei, deve o magistrado fazê-lo sem se afastar de seus exatos termos e limites, para que a carga de subjetivismo posta em decisão não desborde para o arbítrio, com a criação de um direito novo (livre).

A ideia da solução dos conflitos, no processo judicial, através da aplicação da chamada doutrina do *Freincht* (direito livre ou alternativo), tem angariado adeptos.

A adoção de tal doutrina, contudo, como bem assinalou o advogado e emérito jurista, Renato Ribeiro, em precioso estudo jurídico publicado na Revista de Direito do

TJRJ, vol.31, pg. 25-27, não autoriza a ideia da aplicação de um direito livre ou alternativo, uma vez que: “põe um cheque o próprio ordenamento jurídico e o direito das partes no processo, na medida em que garante ao juiz decidir, como lhe aprouver, fundado em sua inspiração pessoal, afastado do direito positivo vigente, o que soa absurdo”.

Destarte, impende lembrar que, uma decisão, que haja sido assim proferida, afastada dos princípios do Direito e da Justiça, não pode ser vista como contida, nos limites do “Poder Político”, que se atribui, ao juiz, quando do julgamento de uma causa, que deve ser feito, com a correta avaliação do legal e do justo.

Ainda, sobre o Ativismo Judicial, algumas considerações merecem ser feitas, notadamente, a propósito dos reflexos que, o seu exercício, seja capaz de produzir, no mundo jurídico e na sociedade.

O Ativismo judicial, ao ser exercido, pode constituir um bem ou um mal para justiça, no último caso (um mal), quando resultar de visões pessoais de um juiz ou de um Tribunal.

Pode ele ser exercido, em princípio, quando – embora não tenha sido dito com clareza, no texto da Lei, a sua correta interpretação possa conduzir o Julgador à convicção de que ela (a lei), no caso, seria aplicável – como sustenta o Ministro Luiz Roberto Barroso – por estar em harmonia com aqueles valores e fins constitucionais, na ação discutidos. (*apud* Revista de Magistratura nº 4, pg. 2).

O Ativismo Judicial – registra Lênio Luiz Streck, pode ter um lado ruim para a Democracia: “quando decorrer de comportamentos e visões pessoais de Juízes e Tribunais”, acrescentando: “É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”.

É que, em casos tais, o juiz transmuda-se em legislador, inovando em relação à lei e sua aplicação, ou incidência, por isso mesmo só podendo ser exercido, em casos muito especiais, sempre atento o Juiz, quando da interpretação da lei não ser possível transpor a seu verdadeiro sentido, de modo a desbordar para o arbítrio, como se fosse possível – lembra-se mais uma vez, a opinião de Lênio Luiz Streck: “uma linguagem privada, construída, à margem de uma linguagem pública”.

Exemplo de Ativismo Judicial, de que resultou solução criativa em relação à Lei, pode ser citado o entendimento firmado, pelo STF, quando do julgamento da Ação Direta de Preceito Fundamental nº 54 – que apreciando questão – que, já há algum tempo, vinha despertando a atenção dos doutos, na área médica e na justiça – veio de admitir o aborto de feto anencéfalo, levando em consideração que, em casos tais, a previsão de sobrevivência do feto seria, no máximo, de alguns dias.

Essa tormentosa questão (aborto de feto anencéfalo) já vinha sendo discutida, há algum tempo, nos Tribunais do país, não sendo uniformes as decisões, então, proferidas sobre a matéria.

Os apologistas da admissão do aborto, no caso de feto anencéfalo, firmavam seu entendimento no fato de, ausente a expectativa de vida para o feto, o seguimento da gravidez iria constituir para a gestante, tão somente, sofrimento físico e moral.

As decisões contrárias a esse entendimento apoiavam-se em norma principiológica da Lei Maior do país, *in casu*, no *caput* do artigo 5º daquela Lei, que alinha dentre os direitos fundamentais, a todos garantidos, o direito à vida.

De outro lado, cabe invocar para aplicação, o artigo 2º, do Código Civil, forte a proclamar que: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, o direito do nascituro”.

Com a decisão, do Tribunal Maior, na Ação Direta de Preceito Fundamental 54, em acórdão de que foi Relator o ministro Marco Aurélio Melo – proferido por maioria de votos – a discussão se pacificou, decidindo-se, a partir de então, pelo cabimento da interrupção da gravidez, em caso de feto anencéfalo, inovando-se, em relação às normas dos artigos 124, *usque* 127, do Código Penal, que só têm o aborto como não criminalizado, nas seguintes e expressas situações: quando é ele necessário, como único meio para salvar a vida da gestante e nos casos de gravidez resultante de estupro.

O acórdão do Tribunal Maior do país reconheceu que a interrupção da gravidez, em caso de feto anencéfalo, era possível, apoiado no entendimento de que a mulher teria direito à autodeterminação, à liberdade sexual e reprodutiva e à saúde, como direitos fundamentais.

Os doutos votos vencidos sustentaram – em nossa visão, com absoluto acerto – que no referido acórdão a maioria teria dado interpretação de forma criativa às normas

referidas, “inserindo conteúdos na Lei, com a usurpação da competência do Poder Legislativo”.

A partir de tal decisão, os efeitos consequenciais não se fizeram esperar, ganhando fôlego os movimentos populares, no sentido da legalização do aborto, sob quaisquer outros fundamentos, invocando-se: “o direito da mulher à disposição do próprio corpo”.

A decisão do Tribunal Maior do país, a que acabamos de nos referir constitui exercício de Ativismo Judicial que, com todas as vênias, não podia ter sido efetivamente exercido, sem que se consumasse, como efetivamente se consumou, ingerência do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Legislativo, através da interpretação criativa dada pelo S.T.F ao artigo 128 do Código Penal, com inserção, no referido dispositivo legal, de conteúdo nele, originariamente, inexistente.

Outro exemplo emblemático de Ativismo Judicial que, a todas as luzes, o Tribunal Maior do país não podia ter exercido – constituiu a recente decisão, daquela Corte de Justiça, que incluiu, no texto da Lei 7.716/89 – que dispõe sobre os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor – a figura nova do crime de homofobia. Nesse caso, mais uma vez, agiu o S.T.F como se legislador fosse, alterando lei existente (Lei 7.716/89) – que dispõe sobre os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor – para nela incluir a figura nova do crime de homofobia, no texto da lei, expressamente, declarando: “constituir crime praticar, induzir ou incitar discriminação, em razão de orientação sexual da pessoa”, estabelecendo, para o novo delito criado, a pena de um a três anos de prisão, elevando-a para de dois a cinco anos quando tiver havido divulgação ampla da homofobia pelos meios de comunicação pública e em rede social.

Importante é assinalar que o Tribunal Maior do país, assim decidiu, embora sobre a figura nova do crime de homofobia, já existisse, à época daquela decisão, em tramitação no Senado Federal, o Projeto de Lei 672/19.

Com a decisão do STF, desde logo é possível prever os efeitos consequenciais que poderão advir, frutos de um Ativismo Judicial, com todas as vênias, *in casu* inadmissível, uma vez que se inseriu, em texto de Lei existente, a figura nova de um crime que não podia ter sido criada, como o foi, com ingerência na competência do Poder Legislativo, feita ademais com impropriedade ante a absoluta ausência de

similitude da nova figura criada (homofobia) com o crime de racismo, de que trata a Lei 7.716/89.

Não se sabe, ainda, que conseqüências poderão advir, dessa decisão para a sociedade, embora já seja possível prever o que, de um mal exercido ativismo judicial, há de resultar.

Referências bibliográficas

1. Carlos Alberto Menezes Direito (Revista EMERJ, Ano 2000, vol.3 nº11).
2. Diogo Figueiredo Moreira Neto - “Revista Cidadania e Justiça” Ano 3, nº 6/1999.
3. José Afonso da Silva - “ Poder Constituinte e Poder Popular” Lopes da Costa - Direito Processual Civil Brasileiro, vol 3.
4. Mauro Cappelletti “Il Potere dei Giudici”.
5. Montesquieu - L’esprit des Lois”.
6. Renato Ribeiro - Revista de Direito TJ/RJ, vol 31.
7. Ricardo Villas Bôas Cueva - Revista “Magistratus nº 4/ 2018

A ética da conduta dos magistrados segundo os princípios de Bangalore

Caetano Ernesto da Fonseca Costa¹

Palavras-chave: Opinião Pública. Magistratura. Ética. Princípios de Bangalore

Sumário: 1. Introdução. 2. A Independência. 3. A Imparcialidade. 4. A Integridade. 5. A Idoneidade. 6. A Igualdade. 7. Competência e Diligência. 8. Conclusão

1- Introdução

O presente texto se acha justificado pela importância, para a magistratura, dos Princípios de Bangalore e na infeliz ausência de observância desses Princípios por parte do Judiciário, o que lhe termina em descrédito, mais ainda em tempos de excessiva judicialização da política.

Em outros termos, o que se deseja é defender a necessidade premente do Judiciário adotar uma só postura para enfrentar o desgaste que lhe vem causando os embates políticos que desaguam na jurisdição, acompanhado esse registro da proposta concreta de se adotar, na prática e com muito vigor, um só código de conduta, que outro não poderia ser senão aquele consagrado pelo Princípios universais aprovados na cidade de Bangalore, no ano de 2001, devidamente ratificados que foram pelas Nações Unidas – ONU.

Independência, Imparcialidade, Integridade, Idoneidade, Igualdade, Competência e Diligência são, ou deveriam ser, o registro impecável da atividade judicante, envolvendo de forma pública e incontestemente o atuar de toda a magistratura.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Barcelona. Diretor-Geral da EMERJ no biênio de 2015-2016. Diretor-Geral do CEDES no biênio 2017-2018. Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Barcelona-UB.

Há que se contemplar uma única “espinha dorsal” para esse sistema, a direcionar a conduta dos magistrados, sempre de forma a justificar e esclarecer o cidadão(ã) sobre o comportamento ético do(a) próprio(a) juiz(a), tanto no campo pessoal como social e institucional, de modo que se compreenda, e acima de tudo se respeite (não necessariamente que se concorde) a decisão judicial tomada no caso concreto.

São Princípios (os de Bangalore) fundados na ordem democrática, na garantia da efetividade dos direitos fundamentais, na absoluta necessidade de ser o(a) juiz(a) merecedor(a) da confiança e do respeito do(a) cidadão(ã) e por último, pautados na imprescindibilidade da total autonomia e independência do Poder Judiciário.

Os objetivos propostos são claros, ancorados que estão na contribuição fundamental para a ordem democrática e no fortalecimento da integridade judicial e moral da magistratura no seio de uma sociedade igualitária, livre e democrática.

A proposta, pois, que vem de Bangalore, outra não é senão a de pautar o atuar do judiciário na idoneidade, imparcialidade e integridade de nossos(as) magistrados(as), primando sempre pela valorização e pelo respeito ao Judiciário, medidos e apurados por uma resposta social dentro da ordem democrática de valores.

O excesso de judicialização, especialmente de termos políticos, isso ligado à dualidade extrema entre esquerda e direita que se instalou no país, agravada a situação por uma total falta de respeito às diferenças e ao direito das minorias, tem causado grande desgaste ao Judiciário que é fato não tem auxiliado na valorização da judicatura no país, cujo respeito precisa ser urgentemente resgatado.

A adoção prática e de forma pública e efetiva aos Princípios de Bangalore, pensamos, irá em muito contribuir para esse resgate, unificado como código de conduta, para que o(a) cidadão(ã) possa compreender e incorporar, dentro de um sistema constitucional a relevante tarefa que o judiciário há de ter, principalmente na preservação dos chamados direitos fundamentais.

Passemos, então, a refletir sobre cada um desses valores, seus respectivos conceitos, importância e que nós juízes(as) passamos elaborar uma relevante autocrítica da forma como temos nos comportado frente a esse indigesto excesso de política, a contaminar nosso espírito, nosso atuar e por que não admitir nossas decisões em razão

das posições e dos preconceitos que carregamos (muitas das vezes até sem perceber) em nossa alma e corações.

2- A Independência

“A independência judicial é um pré-requisito do Estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, conseqüentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional”.

O principal conceito a ser definido quanto a esse Princípio se vincula ao sentido do cargo ocupado pelo(a) magistrado(a), que não lhe deve trazer privilégios, muito menos pessoais, mas sim responsabilidades para com a sociedade e os jurisdicionados.

Privilégios e benefícios vem acompanhados, como de sabença, de comprometimentos inaceitáveis para quem exerce a judicatura, porque atentam justamente contra a independência desse(a) magistrado(a).

As garantias inerentes ao cargo foram incorporadas pela Constituição Federal e existem exatamente para isso, para trazer ao(a) juiz(a) a plena tranquilidade para tomar decisões independentes e desvinculadas de eventuais interesses, incluindo os de natureza política e outros de tal ou qual partido ou instituição, ainda que represente o entendimento popular majoritário.

A independência inerente ao cargo estará sempre acima de todos os interesses que possam circular ao redor do tema sobre o qual o(a) juiz(a) é chamado a decidir. A vinculação do(a) juiz(a) sempre será com os termos da própria lei e acima dela só com a Constituição Federal e os Princípios que incorpora.

Caberá ao(a) juiz(a) preservar, de forma clara e ostensiva, seu necessário distanciamento do seio político e social, o suficiente para garantir total isenção de influências que eventualmente setores interessados na solução da questão possam pretender exercer na decisão.

É preciso, pois, cuidar para que a sociedade saiba disso e possa se tranquilizar em relação à solução e definição do conflito. Já se disse alhures, não será preciso concordar o(a) cidadão(ã) com essa solução, mas será essencial que venha a respeitá-la e o primeiro quesito será o de ter a certeza da integral independência daquele(a) que proferiu a solução.

O(a) juiz(a) há de ter, com toda certeza, a devida consciência dos valores éticos envolvidos no dilema e há que demonstrar isenção, liberdade e autonomia na sua decisão. Suas convicções pessoais não podem quebrar sua independência, ainda que digam respeito a assuntos de religião ou outros dogmas que porventura tenha incorporado na sua educação.

3 - A Imparcialidade

“A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão”.

Parece óbvio dizer que a consequência natural e esperada da independência seja a imparcialidade, sem a qual não se produzirá a aguardada decisão judicial.

É certo dizer que nós juízes não somos neutros e incorporamos conceitos e valores, frutos do próprio viver. Negar essa condição seria recusar o óbvio, mas o importante aqui é o registro da consequência prática na decisão, influenciada por esses conceitos já incorporados e definidos.

Alguns são de fato intoleráveis na atuação judicial, a exemplo do que pode acontecer com estereótipos de gênero ou de raça, desaguados em injustificáveis preconceitos. Há que cuidar o(a) juiz(a) para não cair em tamanha armadilha, a lhe prejudicar a imprescindível imparcialidade.

Não deve por sua vez o(a) juiz(a) comentar previamente ou tornar pública sua decisão, não devendo jamais se utilizar da mídia ou de outros meios de comunicação para valorizar-se ou promover sua própria imagem, sendo inapropriado qualquer

comentário que venha a fazer fora da corte a respeito de casos levados ou que possam ser levados a julgamento.

O distanciamento do(a) juiz(a) em relação à mídia deve ser observado segundo os Princípios de Bangalore de forma a preservar um julgamento justo e imparcial, sendo desinfluyente o que a respeito dele possa se direcionar a opinião pública majoritária.

4 – A Integridade

“A integridade é o atributo da correção e da virtude. Os componentes da integridade são honestidade e moralidade judicial. Um juiz deve sempre agir dignamente e de uma maneira apropriada ao ofício judicial, livre de fraude, trapaças e mentira, não apenas no cumprimento de seus deveres oficiais, sendo bom e virtuoso em comportamento e caráter. Não há grau de integridade assim definida. A integridade é absoluta. No judiciário a integridade é mais que uma virtude e uma necessidade”.

Nesse capítulo, a conduta pessoal do(a) juiz(a) é de vital importância. Sua vida privada e a dos que lhes são íntimos há que ser exemplar, livre de reprimendas se avaliada por um observador justo e sensato.

Perfeição é impossível como sabemos, mas as atitudes desejáveis de um(a) juiz(a), tanto na vida pública como particular, deverão, necessariamente, observar padrão ético e moral compatíveis com os valores de seriedade, honestidade e totalmente desvinculados de pessoas, atitudes e atividades suspeitas e/ou não suficientemente aclaradas e definidas.

Alguns critérios podem ser objetivamente editados para qualificar essa conduta:

1º) A natureza pública ou privada dessa conduta, se é contrária ou não ao texto legal;

2º) avaliação adequada da conduta, para se definir até que medida pode ou deve ser protegida por um direito individual;

3º) o grau de descrição e prudência usado pelo(a) juiz(a);

4º) até que ponto essa conduta pode ter sido prejudicial àqueles com ela envolvidos intimamente, ou se razoavelmente ofensiva aos demais;

5º) o grau de respeito/desrespeito para com o público demonstrado pela conduta;

6º) até que ponto a conduta avaliada seria indicativa de parcialidade, pré-julgamento ou influencia.

Enfim, como consta dos comentários e observações oficiais aos Princípios de Bangalore, a conduta do(a) juiz(a) há de ser sempre de total integridade, ainda que em sua vida particular, eis que:

Um juiz deve manter altos padrões de conduta tanto na vida privada quanto na vida pública. A razão para isso se funda na larga variedade de experiência e condutas humanas com base nas quais deverá proferir as sentenças. Se ele próprio condena publicamente o que faz na vida privada, será considerado hipócrita. Isso inevitavelmente conduzirá a uma perda da confiança do público com relação ao referido juiz, o que pode se transferir para o Judiciário em geral. ²

A integridade é de fato quesito essencial para transmitir à sociedade a segurança e a confiança necessárias à manutenção da ordem democrática.

5 - A Idoneidade

"A idoneidade e a aparência de idoneidade são essenciais ao desempenho de todas as atividades do juiz."

É fundamental, nesse tópico, a avaliação que se faz da conduta do juiz na sociedade.

² Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial** / Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. p. 88.

Aqui, mais do que a prática em si, exige-se do(a) juiz(a) a própria exteriorização da sua imagem como integrante do cargo, de forma que a sociedade a tenha como ilibada.

Há que evitar o(a) juiz(a) contatos que possam dar margem a especulações, evitando suspeitas de possível favorecimento e quebra de imparcialidade.

A idoneidade moral e funcional está vinculada a todos os interesses pessoais, fiduciários e financeiros do(a) magistrado(a), de membros que lhes são próximos e familiares.

Terminantemente proibido ao(a) magistrado(a) usar ou colocar à disposição o prestígio do seu cargo, muito menos para promover interesses privados seus ou de membros de sua família, sendo-lhe proibido transmitir ou permitir que outros a ele vinculados transmitam a impressão de que gozam de alguma consideração ou de posição especial, capaz de influenciar nas decisões que esse(a) juiz(a) irá tomar pelas obrigações de seu ofício.

A imagem, portanto, do(a) juiz(a) frente a sociedade está, quer se deseje ou não, intimamente vinculada aos quesitos de integridade, imparcialidade e independência do cargo.

6 - A Igualdade

“Assegurar a igualdade de tratamento de todos perante a corte é essencial para a devida execução do ofício judicial”.

Parece certo dizer, nesse ponto, o quanto se vincula a função judicante ao respeito à ordem democrática, na medida em que a “igualdade” se afirma como um dos principais pilares desse sistema. O(a) juiz(a) é responsável por sua efetivação e não seria de outra forma.

Infelizmente, a desigualdade cada vez mais mostra a característica de um sistema que se imaginou e pensou equilibrado, acentuando-se as diferenças em relação principalmente às questões de raça, etnia, sexo, religião, nacionalidade, deficiência física, idade, estado civil, orientação sexual, *status* social/econômico e gênero.

Há outros, evidentemente, mas esses são os principais indicadores que têm sido considerados na qualificação infeliz que se faz a itens básicos e essenciais à dignidade humana.

Ao(a) juiz(a) é dada a responsabilidade de promover mínima igualdade para seus jurisdicionados, como consta dos comentários oficiais aos Princípios de Bangalore, *verbis*:

“O juiz deve claramente chamar a atenção sobre comentários irrelevantes feitos por advogados na corte ou feitos de qualquer outra maneira, na presença do juiz, que sejam sexistas ou racistas, ou de outro modo, ofensivos ou inapropriados. Discursos, gestos ou inação que possam ser sensatamente interpretados como aprovação implícita de tais comentários são também proibidos. Isso não limita o bom exercício da advocacia ou o testemunho aceitável naquelas ocasiões em que, por exemplo, problemas de gênero, raça ou outros fatores similares tenham sido apropriadamente submetidos à corte, como temas de uma lide. Tal é compatível com o dever geral do juiz de ouvir justamente, e, quando for necessário, usado para exercer o controle sobre o julgamento e agir com a firmeza apropriada para manter a atmosfera de igualdade, decoro e ordem na sala de audiência.”³

Sem essa igualdade não há justiça, daí a responsabilidade primeira do(a) juiz(a) por efetivá-la na prática de sua função.

7 – Competência e Diligência

“A competência na execução dos deveres judiciais requer conhecimento legal, habilidade, minúcia e preparação”.

A responsabilidade do cargo exige não só a aprovação em concurso público, mas também a continuidade do estudo e do desenvolvimento de competências do(a) magistrado(a), que possibilitem a manutenção de sua compreensão de mundo e dos fatos

³ Griffó nosso

da vida e da atualidade. Cada vez mais é sabido que não basta o(a) juiz(a) conhecer o texto literal da lei, pois há que interpretá-la e para isso será essencial que esteja atualizado nos próprios conceitos.

Infelizmente ainda há quem desacredite o aperfeiçoamento ou dele faz pouco, apostando só em estatísticas e números, desvalorizando o credenciamento e a extensão acadêmica (e por isso também crítica) que muitos magistrados(as) têm buscado na Universidade.

Para felicidade de muitos(as) juízes(as), no Rio de Janeiro pode ser louvada a atividade da Escola da Magistratura – EMERJ, que tanto tem se preocupado com a formação humana e por isso essencial da magistratura local.

Outro lugar de excelência reside no Centro de Estudos e Debates – CEDES, responsável pela edição sumular e que, na prática, tem se mostrado um valoroso apoio ao magistrado, especialmente do primeiro-grau, pelas reuniões e debates que promove.

Essas e outras iniciativas são de absoluta necessidade à implementação de melhorias destinadas à evolução dos conceitos de competência e diligência, como pensados e regulamentados pela ONU.

8 - Conclusão

O judiciário tem enfrentado sério desgaste social e de opinião pública, fruto da dicotomia política que se instalou no país, agravada pela judicialização excessiva dessa política, cuja demanda entra em forma mascarada de conflitos econômicos e/ou sociais. Exemplo disso recente foi aquele que deu o prefeito do Rio de Janeiro ao tomar *manu militari* o Pedágio da “Linha Amarela” da Concessionária, destruindo com máquinas e picaretas toda a estrutura das instalações, como se vivesse em algum reino distante onde não houvesse lei ou ordem pública a ser preservada. Busca votos do popular e lança ao Judiciário todo o ônus do resgate do Estado de Direito.

Nesse clima hostil, de ausente respeito às diferenças, para que não sucumbam os(as) juízes(as) à falta de respeito com que parte já acentuada da sociedade os enxerga será preciso o resgate da essência de valores inerentes ao próprio cargo, cujas práticas,

unificadas e verticalizadas possam evidenciar um Judiciário literalmente de acordo com os Princípios consagrados em Bangalore.

Um Judiciário composto por juízes(as) e magistrados(as) que sejam e demonstrem ser independentes, imparciais, íntegros no terreno tanto pessoal como institucional, comprometidos com o valor da igualdade e por fim, comprometidos igualmente com uma contínua e permanente formação para o desenvolvimento de suas competências.

Assim se espera venha a acontecer em prol de um mundo mais justo e igualitário, respeitando-se na essência um Poder tão relevante ao *status* democrático pensado por nosso povo sofrido, que ainda hoje tanto depende da efetivação dos valores sonhados há mais de trinta anos atrás, quando fundada nossa atual ordem constitucional.

Injusto no mínimo seria, ao publicar o presente artigo, deixar de fazer uma referência especial a Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, que presidiu nosso Tribunal de Justiça no biênio 2015/16, pois foi exatamente ele quem nos apresentou aos Princípios de Bangalore, em brilhante exposição que fez sobre o tema a novos(as) juízes(as) aprovados a época em concurso público.

Mais do que conhecedor do assunto, LUIZ FERNANDO sempre viveu sua longa trajetória na magistratura segundo os ditames desse honrado código de conduta, especialmente no terreno humanista, quando lutou diante de um Estado falido pela paridade de tratamento entre magistrados e servidores, saldando em dia para ambas as classes todas as obrigações estipendiais de forma isonômica, mesmo às custas de um mar de preocupações e em prejuízo de sua própria saúde. Sou testemunha desse sacrifício, infelizmente não por todos reconhecido!

Que exemplos como esse possam ser seguidos, trazendo para a magistratura aquilo que hoje tanto necessita, vale dizer o respeito da sociedade e a exata dimensão da sua importância no estado democrático de direito.

Que assim seja!

A aplicação do Direito no Código de Processo Civil de 2015

Nagib Slaibi Filho¹

1. Ética, Direito e aplicação do Direito

O tema da aplicação do Direito diz respeito não só aos magistrados, que são os aparentes destinatários dos comandos do art. 8º, mas também aos advogados e aos demais integrantes das instituições essenciais à função jurisdicional, pois o juiz não é o único realizador do Direito.

Interessa também a toda a sociedade, nestes primeiros anos do século XXI, pois todos estão em busca dos bens e serviços que devem ser acessíveis a todos os cidadãos e da segurança que se mostra essencial para a existência individual e coletiva.

A Ética é a parte da Filosofia que trata da conduta. O Direito é a ciência, a arte, a técnica, que trata da norma de conduta.

O Direito tem, assim, fundamento na Ética, palavra do grego *ethos*, que quer dizer o modo de ser, o caráter coletivo e individual. Os romanos traduziram o *ethos* grego para o latim *mos* (ou no plural *mores*), que quer dizer costume, de onde vem a palavra moral.

O *ethos* (caráter) e o *mos* (costume) indicam um tipo de comportamento propriamente humano que não é nato ou intrínseco como o instinto, mas é adquirido pelo hábito, pelo viver na vida social.

Norma é a regra de conduta, o termo vem do latim *norma* que significa régua ou esquadro.

¹ Magistrado. Presidente da 4ª Câmara Cível do TJRJ. Professor da EMERJ e da UNIVERSO.

A norma decorre do dispositivo ou artigo ou o símbolo gráfico da Lei, que é o seu ponto de partida objetivo, enquanto a norma decorre da apreensão do significado do dispositivo.

A aplicação do Direito consiste em fazer valer no caso concreto a hipótese prevista na norma jurídica; é cumprir a tutela jurídica ao interesse individual ou coletivo que deve se efetivar em cada caso.

É muito mais que simplesmente aplicar a letra do texto da Constituição ou da lei.

Não se aplica simplesmente a lei, mas o Direito da qual a lei é um segmento, mas não o todo.

O legislador é também criatura humana, não consegue prever todas as condutas futuras para regulá-las desde já no texto da lei. E confessa a sua incapacidade, com comovente humildade, ao dispor na parte inicial do art. 126 do CPC/73 e no art. 140 do CPC/2015: *O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*

Ao se referir à aplicação do ordenamento jurídico, o que o art. 8º do CPC/2015 exige está muito além da fria e simples aplicação no caso concreto do comando contido no dispositivo legal ou constitucional que se poderia extrair tão somente em simples interpretação literal ou gramatical.

Aplicar o Direito abrange muito mais, como, aliás, já estava no disposto na segunda parte do art. 126 do CPC/1973, dispositivo atualizado no CPC/2015 pelo referido art. 8º, este agora mais condizente com a realidade: *No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.*

Note-se: o art. 8º está se referindo à aplicação do Direito, a arte, a técnica, a ciência da norma de conduta.

Não está se referindo ao direito objetivo, a previsão jurídica do interesse, nem ao direito subjetivo, que é a titularização por alguém da situação concreta que se extrai da norma que prevê o interesse ou bem jurídico tutelado.

Dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Tais disposições, da velha Lei de Introdução ao Código Civil, se mostram hoje ultrapassadas pelo disposto nos arts. 8º e 140 do CPC/2015, embora este pareça, repita-se: pareça somente incidir sobre a atuação do juiz no processo civil.

O disposto no art. 8º do CPC/2015 institui normas que se estendem a todo o Direito pátrio, ao substituir o disposto no art. 126 do CPC/73, que tem redação similar ao disposto no art. 4º da Lei Geral de Normas do Direito Brasileiro. Na mesma linha de orientação, embora com redação um pouco diferente, o CPC/73 dispõe:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Ao dizer que não pode o juiz deixar de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, a legislação é muito mais respeitosa e muito menos truculenta que o bicentenário Código Civil francês de 1804, ao dispor cruamente no seu art. 4º que *o juiz que se recusar a decidir, sob o pretexto do silencio ou da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado do delito de denegação de Justiça!*

Já o CPC/2015, no citado art. 8º, vem alterar, e atualizar substancialmente a aplicação do Direito ao comandar que o juiz não está restrito simplesmente à interpretação literal ou gramatical ou semiológica, mas, sim, iluminado por todo o ordenamento jurídico.

Na mesma linha do disposto no art. 8º, de efetivação do Direito, o novo Código também ampliou os poderes judiciais no sentido de se alcançar a realização da justiça material e efetiva, em cada caso concreto, ao dispor:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Há mais de cem anos, Jean Cruet já dizia que o *juiz... tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional*².

Na busca de tornar efetiva a atuação do Poder Público como instrumento de ação da sociedade, e isso principalmente pelo que decorreu dos horrores da II Grande Guerra, as Constituições modernas ditaram normas no sentido de dispensar a interposição do legislador para a efetividade das normas constitucionais, como se vê no art. 5º, § § 1º e 2º, da Constituição de 1988.

2. Civil Law e Common Law.

No sistema do *Civil Law*, a grande fonte do Direito é o texto escrito, de onde se extrai a norma que regula a conduta em cada caso. A norma decorre do símbolo gráfico, do artigo, do dispositivo, com fonte em poder acima da sociedade.

Inexistente a lei, aplica-se a analogia, isto é, a situação prevista em outro dispositivo legal como solução mais próxima para o caso em julgamento. Ainda se não couber a analogia, adota-se a norma decorrente do costume, ou seja, a regra de conduta adotada por determinado grupo social e, finalmente, subsidiariamente, os princípios gerais do Direito.

O outro grande sistema jurídico é o *Common Law*, também denominado sistema anglo-americano, em que a grande fonte do Direito é o costume, buscando o juiz a conduta social, os costumes, como paradigma para o julgamento do caso concreto, ficando vinculado aos precedentes não só o do próprio tribunal como os dos tribunais superiores.

No terreno constitucional, os norte-americanos optaram pela Constituição escrita para organizar o Poder Público. Nos dois anos seguintes, aprovaram dez emendas constitucionais declarando os direitos individuais. Nos séculos seguintes, veio predominar a interpretação pelos Juízes, principalmente os da Corte Suprema, que se irrogaram o poder de controlar a constitucionalidade das leis desde o célebre caso

² CRUET, Jean. Op. Cit..

Marbury vs Madison, de 1803, como se vê no magistral voto redigido pelo *Justice John Marshall*.

A *Common Law* tem no precedente judicial (*case Law*) a sua fonte principal. Caracteriza-se por reservar à lei papel secundário, provocada por situações excepcionais ou para solucionar conflito insuperável entre direitos jurisprudenciais, regionais ou estaduais (*statute Law*). Por isso, nesse sistema é comum ser a lei interpretada restritivamente.

Mas a diferença entre o Sistema Continental e o da *Common Law* é mais de forma, pois, enquanto no primeiro predominam a lei e os códigos, no segundo dominam o precedente judicial, os repertórios de jurisprudência, decorrentes dos costumes; ambos os sistemas, no entanto, estão inspirados pelas instituições jurídicas desenvolvidas na Roma antiga.

3. Legalidade e equidade

Mesmo com o princípio da supremacia perante as demais normas, a Constituição escrita não consegue regular todas as situações, nem mesmo consegue se adaptar com presteza aos fatos supervenientes.

Enfim, a melhor fonte do Direito é a vida, a realidade, como expressa a antiga parêmia *ex facto oritur jus* (do fato nasce o direito subjetivo).

Os costumes são criados pela sociedade, as leis pelo legislador; aqueles vêm da prática da vida social, aquelas decorrem da vontade das pessoas que dispõem de poder de impor as condutas aos demais membros da sociedade.

A experiência e a razão criam o costume.

A experiência raramente cria a lei, porque a lei é desnecessária quando a conduta humana tem regulação social e segue os padrões de conduta. Aliás, é por isso que uma das características mais apontadas da lei é a capacidade de inovação na ordem jurídica, pois elas criam sempre algo de novo, algo que antes não existia.

O disposto no art. 8º do CPC/2015 difere profundamente do disposto no art. 126 do CPC/1973: aquele enfatiza o julgamento por equidade, este último o julgamento por legalidade.

Julgar pelo critério da legalidade é dar ao caso concreto a solução ou os efeitos previstos na norma jurídica decorrente do texto legal. Por exemplo, o juiz decreta o despejo do prédio porque a Lei 8.245/91, a Lei do Inquilinato Urbano, dispõe, no art. 9º, III, que a locação é extinta com o inadimplemento do aluguel e encargos, e na ação de despejo não purgou o inquilino a mora nem comprovou o pagamento.

A legalidade pode ser tomada no sentido amplo, como no art. 126 do CPC/1973, e no sentido estrito, como no art. 1.109 do mesmo Código:

Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Como a vida é muito mais rica em fatos do que pode suspeitar a previsão do legislador, hoje a maioria das causas são julgadas pelo critério da equidade, isto é, em cada caso, fundamentadamente, o juiz adota a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

São exemplos mais conhecidos de julgamento pela equidade:

a) o arbitramento dos danos nas ações de responsabilidade civil, como dispõe o Código Civil, em seu art. 944: *A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização;*

b) a redução da pena como decorre do art. 413 do Código Civil: *A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio;*

c) em caso de onerosidade excessiva:

- no art. 478. *Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação;*

- no art. 479. *A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato;*

- no art. 480. *Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.*

É prerrogativa do magistrado decidir as causas sem que por isso possa ser punido, segundo a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, art. 41: *Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.*

4. Interpretação do Direito

Interpretar é o ato de apreender o sentido da norma jurídica.

A Hermenêutica é a ciência da interpretação, que indica os critérios ou os meios para se apreender o significado da norma. A palavra invoca o deus grego Hermes, o mensageiro dos deuses.

Aplicar o Direito é efetivar as normas e também fazer incidir os valores e os interesses protegidos pela ordem jurídica.

A aplicação do Direito está muito além da *interpretação literal, ou filológica, ou semiológica*, que se prende somente ao texto legal, ou a *interpretação sistemática*, que gira somente em torno da incidência das regras impostas pelos dispositivos constitucionais e legais.

Insista-se: o Direito, ou ordenamento jurídico como expressa o art. 8º, está muito além da Lei, esta o conjunto dos dispositivos postos nos comandos legislativos através de artigos, parágrafos, incisos e alíneas.

5. Interpretação literal

A interpretação literal ou gramatical ou semiológica, este termo se referindo à Semiologia, ou ciência dos símbolos, presa ao significado linguístico dos dispositivos

legais, somente era legítima no velho liberalismo do século XIX e do início do XX, antes da II Grande Guerra, em que se podia afirmar a supremacia do Parlamento através de leis genéricas e abstratas, sob a premissa de imanente igualdade entre os indivíduos.

Até então, a Constituição não tinha exequibilidade direta quanto aos direitos individuais, pois carecia da complementação do legislador. Por isso então se distinguem as normas constitucionais em autoaplicáveis ou em não-autoaplicáveis.

Charles de Secondat (1689-1755), o Barão de Montesquieu, magistrado do velho regime francês, no monumental *O Espírito das Leis*, afirmava que os juízes, ao julgar as causas que lhe são submetidas, eram seres sem alma, que simplesmente pronunciavam as palavras da Lei: *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*

Jean-Étienne-Marie Portalis (1746–1807) levou ao extremo a ideia de que o Direito simplesmente decorria do texto legal, ao proclamar que não ensinava o Direito Civil, mas o Código Civil francês de 1804, de cujas letras pretendia extrair todos os comandos necessários à vida do cidadão.

Mas o texto legal é criatura humana, e por mais excelente que seja, não se imuniza aos defeitos do seu criador, e não consegue prever todas as situações que ocorrem na vida.

Impossível ao legislador regular para o futuro a multidão dos casos que a dinâmica da vida impõe aos juízes resolver. Quase sempre os fatos derrotam a previsibilidade legal, por mais que esta seja ambiciosa ou arrogante.

Não há como substituir a função do Juiz tão somente pela letra fria da Lei, que não pode tudo prever.

A função do Juiz é aplicar o Direito, efetivar no caso concreto o que as leis preveem genericamente.

6. Interpretação sistemática

Daí se evoluiu para o que se denominou de *interpretação sistemática*, mantida a desconfiança no papel do juiz, embora prosseguindo a reverência quase sagrada ao texto da lei.

A interpretação sistemática busca suprir as lacunas e leva o juiz e os advogados a pesquisar no conjunto legislativo, nos diversos dispositivos dos textos legislativos pertinentes, qual seria a vontade hipotética do sistema da lei, a denominada *mens legis*, esta a significar a *inteligência da lei*, ou o *espírito da lei*, os fundamentos práticos ou filosóficos que levaram à edição do ato normativo.

O fundamento da interpretação sistemática é que há uma causa ou razão ou fundamento para a existência da lei, a ideia geratriz que conduziu à edição da lei, e que esta decorreria necessariamente de uma vontade única.

Assim é possível quando o diploma legal foi gerado por poucos legisladores, o que não coaduna mais com o regime da democracia representativa, em que a vontade parlamentar decorre do consenso entre centenas de representantes na Casa Legislativa.

O prestígio da interpretação sistemática só se destacou como fundamento da interpretação enquanto as leis eram autoritárias, outorgadas, e não produto do consenso entre centenas de legisladores, como se faz nos regimes democráticos.

Somente o texto legal autoritário, outorgado, imposto de cima para baixo, pode oferecer a homogeneidade de um sistema, não a lei decorrente do consenso, ou da maioria das vontades, discutida e votada em assembleias parlamentares em que se representam as mais diversas correntes de opinião.

Então, até mesmo enfatizava a doutrina que se procurava não a *mens legislatoris* – o que pretendia um pretense e unívoco legislador –, mas o sistema normativo pretendido pelo conjunto do texto, a denominada *mens legis*.

Aliás, o processo moderno, e não só o processual civil, só se justifica eticamente se voltado à efetivação dos direitos, à transformação da realidade de forma a atender ao que esperam as normas jurídicas no Estado Democrático de Direito. E por isso mesmo

dispõe o art. 6º do CPC/2015: *todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*³

7. Interpretação histórica

Mas continua a incompletude legislativa: a sacralidade do texto legal não combina com a vida, pois *vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade*, como Jean Cruet colocou como epígrafe de sua obra, em 1905⁴.

Passou-se, então, ao processo de atualização da lei, pela denominada interpretação histórica ou atualista, esta no sentido não de se ancorar a compreensão do Direito no passado em que foi feita a lei, mas levar o intérprete a verificar a História na sua dimensão infinita, que compreende o passado, o presente e o futuro.

A interpretação histórica não pode se assentar somente sobre o pretérito que conduziu o legislador a editar o dispositivo legal, como se os mortos pudessem vincular as novas gerações, e o passado se reproduzisse no futuro, sem considerar os percalços e as dificuldades do presente.

Cada geração tem o impostergável poder de traçar o próprio destino, de interpretar a lei levando em conta não os interesses e fundamentos das gerações pretéritas, mas dos interesses que avultam no presente. E nenhuma geração tem o poder de vincular as gerações futuras quanto à escolha do próprio destino.

Em tema rotineiro e visceral como o arbitramento da reparação dos danos, não ousou o legislador estabelecer critério senão o decorrente da própria situação fática, qual seja a própria extensão do dano, a significar que o caso concreto é a medida do arbitramento do dano.

Os denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, como razoabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, publicidade, eficiência, constantes do disposto no art. 8º, indicam outro critério de julgamento que não o da simples legalidade. Conceitos jurídicos indeterminados conduzem o aplicador do Direito ao julgamento pela

³ GUTIERREZ SLAIBI, *Maria Cristina Barros*. Dever judicial de julgamento do mérito. 2. ed., Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2013.

⁴ CRUET, Jean. *A vida do Direito e a inutilidade das leis*. 3. ed., CL EDIJUR, Leme/SP: 2008, 224 pp.

equidade, levando em conta o caso em julgamento, e não a previsão tímida e incompleta posta na hipótese legal.

O julgamento pela legalidade estrita ocorre quando se aplica no caso concreto a solução dada pela norma legal, como diz o art. 126 do CPC/73; o julgamento pela legalidade ampla quando se aplica não só a legalidade estrita como outros critérios derivados com a analogia, os costumes ou os princípios gerais do Direito.

O julgamento por equidade ocorre quando se dá ao caso a solução mais adequada, ainda que afastando o princípio da legalidade. Por exemplo, o que está no art. 1.109 do CPC/73, quanto à jurisdição voluntária: [...] *não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.*

Tal dispositivo não foi repetido no CPC/2015, por desnecessário, em face do que se contém no art. 8º, a adotar também o critério da equidade, que leve em conta não a letra fria da lei, como no critério da legalidade, mas a justiça e a efetividade do caso concreto em julgamento.

Não mais as premissas afirmadas *a priori*, como no critério da legalidade estrita, que nada mais são que meios de prevalência ou de imposição de valores de eventuais maiorias legislativas, quando não nefandos meios da mais sórdida dominação, mas a afirmação de que o Direito somente se legitima como instrumento de resolução dos conflitos de interesses que se manifestam no presente.

Não mais o juiz-robô, mas o juiz que constrói a norma jurídica que vai regular cada caso concreto com a força de lei para as partes que rogam a proteção da Toga.

Grite-se que não bastam a legalidade, as disposições, os artigos ou os símbolos gráficos que se encontram na Constituição e nas Leis para a regência da vida coletiva ou individual, pois o modo pelo qual são aplicadas as normas pelo Juiz em cada caso é que torna efetivo o Direito.

O critério da legalidade introduz o princípio da igualdade formal, decorrente do texto da lei: *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, como proclama a Constituição de 1988, art. 5º, *caput, initio*.

O critério da equidade introduz o princípio da igualdade material, decorrente da aplicação em cada caso concreto.

Com a equidade, quebra-se, então, o confortável e falso conceito da igualdade formal, devendo-se buscar a isonomia material, ainda que tratando desigualmente os desiguais.

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem⁵.

A isonomia formal está na letra fria da lei. A isonomia material está na vida, no caso concreto. Sua fonte é a razão, a emoção, a intuição – enfim, o espírito – do aplicador do Direito. Este não só garante direitos subjetivos, mas, também, intenta transformar a sociedade. Para isso, não passa ao largo das situações estabelecidas, dos fatos, da realidade, antes a considera para reconhecer os direitos subjetivos.

Confere-se superioridade jurídica a quem está em inferioridade econômica ou social, como se vê inumeráveis vezes no Direito daqui e de alhures.

8. Interpretação axiológica ou valorativa ou da preponderância do interesse

O disposto no art. 8º exige a interpretação axiológica, decorrente dos valores ou interesses ali postos como essenciais.

Na busca do valor que deva fazer predominar no julgamento da causa que lhe é submetida, finalmente o juiz atravessa a ponte de ouro entre o Direito (a Ciência da norma de conduta) e a Ética (a Ciência da conduta), esta o fundamento, a razão, a legitimação daquele.

⁵ Barbosa, Rui. *Oração aos Moços* (1999). Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. Anexo IX - Oração aos Moços, p. 8.

Os fins sociais e as exigências do bem comum, ali referidos, são os valores notadamente declarados no art. 3º da Constituição, quais sejam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, as tarefas ou “dever de casa” da sociedade brasileira:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição e a Lei, esta no sentido amplo, neste século XXI, não mais são consideradas imparciais e distantes da realidade diferentemente do que se pensava no século XIX. Como decorre do transcrito art. 3º da Constituição, a sociedade e o Poder Público são agentes de transformação sociais e, assim, não mais olímpicos e indiferentes à realidade.

O compromisso de todos os agentes sociais com os mandamentos constitucionais dirige a conduta de todos os agentes públicos e privados na busca dos resultados de construir uma sociedade livre, justa e solidária, visando garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e tudo o mais constante do mencionado art. 3º.

9. Dignidade da pessoa humana

A expressão *dignidade da pessoa humana* decorre dos fundamentos recitados logo no início da Constituição, art. 1º, III, e se remete ao individualismo filosófico, que prevalece desde o Renascimento, de que todos os seres humanos têm a mesma dignidade e relevância, ainda que se encontrem em situações diferentes e não sejam exatamente réplicas dos demais, pois a diversidade é imanente à natureza humana.

O valor da dignidade humana expressa muito mais do que um mandamento no sentido de que todos são merecedores do respeito. Expressa que o Direito leva em conta que o ser vivo nascido de mulher, o homem, traz em si os direitos fundamentais como decorrência de sua condição indisponível de integrante da Humanidade.

Não é a Constituição ou o texto da lei, ainda que escrito em letras de ouro no mais valioso suporte, que dá direitos à pessoa humana. Cada um de nós traz em si os direitos e deveres que a todos assistem.

Immanuel Kant⁶ considera a dignidade a partir da autodeterminação ética do ser humano, sendo a autonomia o alicerce da dignidade. O ser humano é capaz de autodeterminar-se e agir conforme as regras legais, qualidade encontrada apenas em criaturas racionais. Existe como um fim em si mesmo e não como um meio para a imposição de vontades arbitrárias.

Ainda nesse sentido, Kant⁷ postula:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade?

E Carmen Lúcia Antunes Rocha conclui estas observações sobre o princípio da dignidade humana⁸:

O sistema normativo de Direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias

⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006, p. 134 e 141.

⁷ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

⁸ Antunes Rocha, Carmen Lúcia. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EXCLUSÃO. O SOCIAL. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>

institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no Direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.

10. Razoabilidade e proporcionalidade

O disposto no art. 8º também remete o juiz aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este também denominado pelos civilistas de princípio da ponderação dos interesses e pelos penalistas de princípio da redução do excesso.

É comando normativo salutar, pois conduz o operador do Direito a repensar a sua função, sopesando os valores em confronto no julgamento da causa. Não é mais a de mera aplicação do que está escrito na lei, na antiga e medieval expressão *dura lex sed lex* (a lei é dura mas é a lei), mas à relevante função de construir a regra de conduta que regulará a intensa e densa vida da sociedade, atento aos valores, aos interesses, à denominada objetividade jurídica que o Direito pretende amparar.

Luís Recaséns Siches (1903-1977), guatemalteco naturalizado mexicano, foi haurir no Iluminismo do século XVIII, no racionalismo criticado por Kant, a expressão hoje tão difundida: *A lógica do Direito é a lógica do razoável*. Para ele, toda axiologia supõe fundamentos *a priori*, o que não exclui da presença no Direito de elementos empíricos; no meio caminho entre o formal e o empírico está a lógica do razoável, como mediação entre a teoria, que são os princípios do ordenamento jurídico e a *práxis*, que é a sua aplicação à vida humana.

A razoabilidade, como critério hermenêutico, os americanos a extraíram do *due process of Law*, o conjunto de garantias processuais asseguradoras do caráter dialético do processo que objetiva inibir a liberdade ou a propriedade (veja-se a herança que está no art. 5º, LV, da Carta de 1988).

Os Juízes da Suprema Corte, a partir da década de 30, muitas vezes como reação às inovações do *New Deal* rooseveltiano, usaram e abusaram do critério da razoabilidade, chegando mesmo o grande Justice Charles Evans Hughes a afirmar que

nós (todos) vivemos sob uma Constituição e esta é aquilo que nós (a Corte) dizemos que é...

A teoria da razoabilidade pressupõe premissas (pré-emitidas) ou pressupostos (pré-supostos) identificando-se com os preconceitos (ou valores pré-concebidos) que norteiam a aplicação do Direito.

Em contraposição ao enunciado de Recaséns Siches, e aí afirmando o empirismo, a experiência de vida como fundamento filosófico, Oliver Wendell Holmes cruamente afirmava que a lógica do Direito é a vida, propugnando a perquirição, em cada tema, dos valores culturais, sociais, políticos ou econômicos que devem conduzir à aplicação da norma.

Daí, finalmente, se imbrica a teoria da razoabilidade com o denominado critério da proporcionalidade, a buscar nos valores em contraste aquele de maior densidade que predominará na resolução do caso em julgamento.

Ao extrair do dispositivo as normas que aparentemente estejam em conflito quanto aos valores por elas protegidos, cabe ao intérprete sopesar tais valores, colocá-los em ponderação e, a final, optar pela norma que tutela o valor que deve preponderar no caso em julgamento.

Então o aplicador do Direito não mais declara a lei, buscando inspiração somente no texto legislativo. Mas constrói gradualmente a norma de conduta que vai regular o caso concreto, não só através do texto legislativo, mas também da atualização e do cuidadoso confronto dos valores em disputa.

O Direito não é só razão, é a vida. É tópico, pois depende do tempo e do lugar, não é utópico (em lugar nenhum e assim onipresente) como o ideal da Justiça.

Ubi homo ibi societas, ubi societas ibi jus, assim referia Ulpiano no *Corpus Iuris Civilis* a significar *onde está o Homem, há sociedade; onde há sociedade há Direito*.

O operador jurídico navega sempre em mares revoltos - as tempestades são produzidas pelos interesses conflitantes que decorrem da própria individualidade - em busca do porto, nem sempre seguro, onde se concretiza a resultante norma de conduta.

11. Publicidade

A publicidade no atuar judicial é decorrente menos do disposto no art. 93, IX, da Constituição, mas muito mais do fato de que o juiz é autoridade pública e não está simplesmente resolvendo um caso privado e disponível, como aqueles resolvidos pelos árbitros escolhidos pelas partes.

E assim é porque a fonte da autoridade do árbitro é o compromisso ou cláusula arbitral, em que as partes exercem a disponibilidade do direito subjetivo de lhe delegar a resolução do conflito de interesses pelas regras processuais e de direito material que eles estabelecem.

É a publicidade a regra da jurisdição porque o juiz exerce autoridade pública, resolve o caso de acordo com as regras do ordenamento jurídico e somente pode restringir a publicidade quando assim exigir o caso em julgamento, como dizia o art. 155 do CPC/1973 e repete o CPC/2015:

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

12. Eficiência ou efetividade

A eficiência na jurisdição é a efetividade das decisões, isto é, não se pode ter um processo tão autônomo que ignore a vida que existe no conflito de interesses que o juiz deve resolver.

Só se instaura a relação processual entre demandante, demandado e juiz porque há uma demanda, isto é, o demandante apresenta o pedido, que é a pretensão posta no processo. Dizia Francesco Calamandrei que a pretensão é a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio.

O Código de Processo Civil de 1973, na exposição de motivos, estabelece uma identidade entre os conceitos de lide e de mérito:

Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a a outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.

Dispõe o CPC/2015 sobre o dever de todos os sujeitos do processo, e não somente do juiz, de se buscar a resolução do mérito:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

13. Conclusão

O desenvolvimento social, a mudança dos costumes, a consciência individual e coletiva sobre a dignidade da pessoa humana foram alguns dos fatores que levaram ao imenso esforço de elaboração do Código de Processo Civil de 2015.

Ali se escreveu, tanto quanto se permitiu na construção do consenso entre os legisladores, tudo o que se podia imaginar para que o processo permita a realização de sua função essencial no Estado Democrático de Direito, a realização da Justiça efetiva e acessível a quem dela necessite.

Tensões dos agentes judiciais no controle da corrupção e a ética no estado democrático de direito

Jessé Torres Pereira Junior¹

Uma república sem cidadãos de boa reputação não pode existir nem ser bem governada; por outro lado, a reputação dos cidadãos é motivo de tirania das repúblicas. (Maquiavel)

O primeiro dos paradigmas do controle da administração pública no estado democrático de direito contemporâneo é o da supremacia da Constituição, dado que nela se inscrevem os valores, princípios e normas que a sociedade tem por essenciais como pauta de direitos individuais e sociais fundamentais, bem assim das políticas públicas que os tornarão efetivos para todos, sem exclusão, nos campos da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados (artigos 6º, 193 e seguintes da Carta de 1988).

Não há, na vigente Constituição brasileira, dispositivo que, direta e expressamente, correlacione o poder judiciário com o tema do combate à corrupção. Mas é óbvio que, ao incluir, entre os direitos e garantias fundamentais - todos providos de eficácia imediata (art. 5º, § 1º) -, o de que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), nossa Carta Política incumbe o judiciário de zelar pela seriedade das relações que se estabeleçam entre as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas - empresariais ou sem fins lucrativos -, os órgãos e entidades estatais, paraestatais, da sociedade civil ou não-governamentais.

¹ Desembargador presidente da Segunda Câmara Cível, diretor da área cível do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e professor emérito de direito administrativo da EMERJ.

Lesões à boa fé, à idoneidade ou à lisura que devem presidir essas relações se encontram entre as que ao judiciário impende analisar, com o fim de coibir desvios ofensivos aos fundamentos do estado democrático de direito (art. 1º - soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político), mediante a aplicação de corretivos, preventivos ou repressivos, previstos na ordem jurídica, a partir da própria Constituição.

A corrupção é desvio de conduta apto a causar lesão ao interesse público e ao bem comum porque, mediante paga escusa e procedimentos maliciosos, beneficia a poucos em detrimento de muitos. Manipula recursos materiais que haveriam de ser aplicados no atendimento àqueles direitos individuais e sociais fundamentais, que são da titularidade de todos. Traça estratégias para dominar a governança e a governabilidade – que haveriam de ser geridos com impessoalidade e probidade –, no propósito de favorecer interesses sectários e egoísticos, que certamente seriam censurados se submetidos ao escrutínio da sociedade. Por isto que a corrupção fraudula, em suas vísceras, a isonomia e a transparência inerentes ao estado democrático de direito, ao lado de outros princípios a que devem obediência todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência - art. 37, *caput*).

A corrupção é patologia da conduta humana que põe em cheque a ordem jurídica, seja no âmbito do direito privado (agrada a boa-fé objetiva e a eticidade que devem sustentar as relações jurídicas contratuais, na dicção do art. 422 do Código Civil) ou do direito público (configura as hipóteses de improbidade administrativa destacadas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 02.06.1992, que regulamenta a aplicação do art. 37, § 4º, da Constituição da República). E quando vicia, em grau e modo específicos, a conduta daqueles que interagem com o estado e seus agentes, pode tipificar os crimes contra a administração pública definidos no Código Penal (artigos 312 a 359-H).

Diante de notícias e indícios de crimes de corrupção ou de atos ímprobos na gestão pública, as instituições fiscalizadoras, tais como o ministério público e os tribunais de contas, podem e devem levar o caso à apreciação judicial, pela via acionária

própria, para apuração e aplicação de penalidades, se aqueles forem comprovados em processo regular, ou seja, garantido o exercício da ampla defesa e do contraditório, posto que, no estado democrático de direito, também os acusados são titulares de direitos limitadores da ação dos poderes constituídos (CR/88, art. 5º, incisos LIII a LXVIII). E não apenas aquelas instituições fiscalizadoras; também são legitimados a denunciar às Cortes de Contas irregularidades ou ilegalidades qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (CR/88, art. 74, § 2º).

Resulta que todos os atos que viciam a gestão pública, entre os quais os de corrupção ativa ou passiva e de improbidade, hão de ser submetidos a julgamento pelo judiciário, no momento oportuno, por iniciativa do órgão a tanto legitimado, no desempenho de sua competência institucional. Segue-se a pergunta que importa ao tema em testilha: estará o judiciário, seus juízes e servidores, preparados para processar e julgar aqueles atos, segundo princípios e normas constitucionais e legais, com a hígidez e os escrúpulos próprios do estado democrático de direito?

Justifica-se a indagação não, propriamente, para responder se o aparato judicial brasileiro é estruturado e equipado o suficiente para cumprir a promessa que o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição faz aos brasileiros – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Os vetores da economicidade e da eficiência se aplicam ao funcionamento de todos os poderes públicos, logo também ao judiciário. Notório que este se debate com crônicas dificuldades de recursos para bem cumprir a promessa constitucional. Mas é este o ponto de partida para o exame do tema proposto.

Como o judiciário não é, ordinariamente, gerador de receitas próprias – e quando o é, o índice é exíguo (em média, até 15% do orçamento anual de um tribunal), através de fundos instituídos por lei para arrecadar e aplicar, na manutenção do próprio poder, valores correspondentes a taxas, emolumentos e custas judiciais (CR/88, art. 98, § 2º) -, torna-se dependente de repasses pelo executivo, que correspondem, no mínimo, à satisfação das despesas com pessoal (em torno de 80 a 85% do orçamento global de um tribunal), que não podem ser atendidas por verbas daqueles fundos especiais, por expressa vedação constitucional e legal.

As estatísticas dos tribunais brasileiros no século XXI evidenciam que o estado, suas entidades vinculadas (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista) e as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos essenciais (telefonia, energia elétrica, gás, água e esgoto, transportes coletivos) são os principais réus em volume de demandas levadas à justiça pelos cidadãos, pelo ministério público e pela defensoria pública, seja para reparar danos decorrentes de suas ações ou omissões, para cobrar o cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer, ou para o pagamento de valores indenizatórios de que o estado ou seus agentes possam ser devedores.

Excetuados os próprios juízes, os fiscais da ordem jurídica e os credores daqueles valores e obrigações, aos inadimplentes, públicos ou privados, pouco interessa que o judiciário disponha dos meios necessários a que funcione em tempo razoável. A engrenagem estatal regateia recursos financeiros suficientes para o custeio de programas de modernização administrativa e métodos ágeis de gerenciamento da máquina judiciária, o que contribui para retardar o andamento dos processos. Não se chega ao ponto de dizer que tal postura configure corrupção, mas que estimula a leniência do estado para consigo mesmo em face dos deveres jurídicos que lhes sejam impostos por decisões judiciais. Em outras palavras: a conduta orçamentária do estado deveria guardar, em síntese, índole ética na relação entre os poderes públicos e as expectativas da sociedade, contudo assim tende a não ser, sempre ao pretexto de que há outras prioridades. Nada obstante, os direitos sociais consagrados na Constituição não serão respeitados sem um judiciário cômico de suas responsabilidades e apto a bem desempenhá-las, tal o juramento de cada magistrado ao assumir o cargo – “cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis”.

Apontadas as dificuldades dos recursos organizacionais, materiais e financeiros, passa-se ao aspecto crucial do tema: o preparo dos recursos humanos. Isto porque a corrupção não tem por alvo, apenas, servidores dos poderes executivo e legislativo. Como fenômeno cultural inerente à natureza humana e à educação das pessoas, decerto que os agentes e as práticas corruptoras rondam igualmente o judiciário. Ingênuo seria pensar o contrário.

Todo juiz é agente político do estado. Há de ser independente para bem aplicar o direito ao caso concreto e julgá-lo segundo as provas colhidas em harmonia com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. As Constituições brasileiras sempre adotaram, desde a do Império, de 1824, o sistema da jurisdição única, ou seja, nenhum outro poder que não o judiciário ostenta competência para decidir conflitos de direito em caráter definitivo, o que equivale a dizer que todo conflito não resolvido, mais dia, menos dia, mediante provocação da parte legitimada, acabará na mesa de um juiz, que o decidirá em favor de um dos litigantes, tenha o litígio a natureza que tiver – cível, penal, empresarial, administrativo, tributário, trabalhista.

O somatório de poderes instrumentais enfeixados pela lei nas mãos do juiz é considerável – pode mandar prender ou soltar, penhorar ou livrar o patrimônio, estabelecer débitos e créditos, determinar pagamentos ou deles liberar, absolver ou condenar. São instrumentais porque não constituem um fim em si mesmos, mas o meio de realização do direito justo. Quanto maiores os interesses em lide, maior a tentação de assediar o juiz com propostas que habilitem a obter ganhos, evitar ou reduzir perdas, protelar o desfecho do processo. Quanto maior o despreparo emocional e ético do juiz, maior a probabilidade de confundir a instrumentalidade de seus poderes com onipotência, que, ao invés de fortalecer o juiz, o deixará vulnerável ao assédio corruptor.

O folclore forense registra que, certa feita, em comarca do interior, um advogado matreiro foi contratado para defender os interesses de um dos poderosos da região, em singela ação de despejo. Ao inteirar-se do caso, veio a saber que o juiz do processo não aceitava favores, por mais inocentes que aparentassem ser. Comprou um exemplar de livro do gênero que apurara ser o da preferência do juiz e remeteu-lhe de presente. Ganha a causa, gabou-se com o cliente dos efeitos da artimanha. Quando este demonstrou sua surpresa em razão da reputação do magistrado, o advogado esclareceu que mandara o livro em nome da parte contrária. A corrupção avança a patamares bem mais graves e insidiosos que os do folclore, porquanto, abrangente, dissemina o descrédito da sociedade em suas instituições.

Para ilustrar como a corrupção corrói a credibilidade das instituições - também o judiciário - recordem-se dois episódios que, nada obstante ocorridos há mais de vinte

anos, ainda hoje são referidos: o das fraudes previdenciárias que, na década de 1990, foram objeto de apuração pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, desaguando na condenação de advogados, procuradores e juízes, que se haviam conluiado na liberação de valores de benefícios previdenciários e acidentários indevidos; o do desvio de verbas destinadas à construção de nova sede de tribunal regional do trabalho, em São Paulo, culminando com a condenação de empresários, políticos e do juiz presidente da Corte, que se haviam associado para lesar o erário. Os juízes perderam o cargo por efeito da condenação. Mais recentemente, um juiz foi denunciado por fazer uso pessoal e privado de veículos apreendidos a um empresário, como garantia de dívidas objeto de processo judicial; o juiz foi afastado das funções e responde aos procedimentos pertinentes.

Há pelo menos dez visíveis cenários de tensão desenhados perante a instituição judiciária e seus agentes, ao se oporem à corrupção e à improbidade.

1º - Diz-se que todo homem ou mulher tem o seu preço; isto se aplica aos juízes, juízas e servidores da justiça em geral? Se assim for, e não se duvida que possa ser - tal a comprovada universalidade do axioma e o fascínio que o poder exerce sobre o gênero humano -, é indispensável que magistrados e serventuários sejam selecionados com rigor nos concursos públicos, e não apenas no sentido de conhecimentos técnicos jurídicos, mas rigor no sentido de identificar nos candidatos a vocação para distribuir justiça de acordo com os postulados inscritos no art. 125 do Código de Processo Civil de 1973, reeditados no art. 139 do Código que o revogou, em vigência desde 18 de março de 2016: “o juiz dirigirá o processo... incumbindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias...”.

2º - A deontologia jurídica deixou de ser matéria ministrada nos cursos de bacharelado em direito há duas gerações (cerca de quarenta anos), tampouco, salvo exceções pontuais, ocupa a grade regular dos cursos de especialização ministrados nas escolas da magistratura, da advocacia e do ministério público, como se a aprovação em concurso público ou o exame de ordem bastasse para vacinar esses profissionais contra

o germe da corrupção. Ao contrário, tão resistente é este que nenhuma demasia haveria em, como antídoto, falar-se dele desabridamente e mostrarem-se os seus efeitos deletérios repetidamente, durante toda a formação desses profissionais e ao longo do exercício de suas funções. Sublinhe-se que, desde a década de 1980, os quadros da magistratura vêm sendo preenchidos por profissionais cada vez mais jovens, não sendo raro que, para alguns, o cargo de juiz coincida com o do primeiro emprego. Basta ilustrar com o fato de que era de 29 anos a idade média dos 35 candidatos aprovados no concurso de ingresso na magistratura de carreira do Estado do Rio de Janeiro, em janeiro de 2015, sendo que o mais jovem contava 27 anos.

3º - A corrupção tem incorporado a suas práticas refinamentos e sofisticções tecnológicas que disfarçam autorias, métodos, procedimentos, beneficiários; as instituições fiscalizadoras e o judiciário haveriam de adotar providências que os habilitassem a desvendá-los, o que demanda investimentos em cursos e treinamentos especializados, no Brasil ou no exterior. Os casos de êxito no combate à corrupção em rede – as chamadas “organizações criminosas” - contam com profissionais que tiveram a oportunidade de receber tal preparo e o aplicaram na condução de investigações e processos, porém ainda são poucos para fazer face à dimensão do problema, num mundo em que a globalização socioeconômica também pode ser posta a serviço da corrupção.

4º - Formação continuada, seja quanto à ética peculiar do judiciário, seja quanto ao domínio de técnicas e tecnologias específicas, são ferramentas relevantes, contudo devem vir acompanhadas de renovada compreensão acerca das rotinas litúrgicas do judiciário; certa liturgia é inerente ao cotidiano forense, cujo ambiente não prescinde de serenidade, recato e hierarquia funcional; mas há exageros que, eventualmente, podem favorecer, direta ou reflexamente, os descaminhos da corrupção, tais como atos e audiências em segredo de justiça além dos casos expressamente previstos em lei; intervenção do judiciário na gestão de meios de órgãos administrativos; compartilhamento externo de informações ainda restritas aos autos do processo; excessos no uso de linguagem incomum para os destinatários das decisões, por isto mesmo sujeitas a manipulações do entendimento sobre o sentido do que se decidiu; alinhamento de juízes a preconceitos externados por órgãos e agentes incumbidos da

apuração, posto que também a eficácia (aptidão para produzir resultados de interesse público) do trabalho destes influenciará o julgamento, exigindo equidistância do juiz.

5º - Magistrados e servidores devem estar pessoalmente preparados para o exercício de suas respectivas funções, mas não apenas. Necessitam de contar com o apoio institucional do judiciário, o que inclui acompanhamento permanente por seus órgãos correicionais, seja para prevenir ou sancionar condutas inadequadas, seja para proteger contra pressões ilegítimas, qualquer que seja a sua origem, inclusive de outros poderes do estado. O juiz, no estado democrático de direito – adotado, recorde-se, o sistema de jurisdição única -, é juiz de todos, de ricos e pobres, de poderosos e humildes, de letrados e ignorantes, de homens, mulheres, crianças e idosos, de empresários privados e autoridades públicas; e a todos deve prestar a jurisdição com independência, sobriedade e isonomia. Espera-se que os órgãos correicionais não cedam a pressões para expor juízes e servidores a constrangimentos desnecessários, sem embargo da firmeza de sua atuação no saneamento de comprovados erros e desvios.

6º - Elevado nível de *stress* acompanha o dia-a-dia das funções de um magistrado, cujo equilíbrio emocional é indispensável para o respectivo desempenho. Alguns poucos tribunais têm disponibilizado, em sua estrutura permanente, serviços de apoio psicológico a seus juízes e juízas. Sentimentos extremos e antagônicos convivem no cotidiano das funções judicantes, tais como impotência para resolverem-se as demandas em prazo breve, como seria desejável, ou se imagina que tudo se resolva por força de uma ordem judicial (uma ordem judicial não altera a natureza das coisas – pedras não voam ainda que o juiz assim ordene); culpas por não haver encontrado a solução pacificadora do conflito em definitivo, ou alheamento da realidade que contorna o sofrimento da frustração pela eternização do processo. Estados psíquicos, enfim, que a corrupção pode e sabe manejar, incluindo o envolvimento de familiares do magistrado.

7º - O exercício das funções confronta os magistrados com desafios renovados a cada passo, a cobrar-lhes equilíbrio emocional, conhecimento especializado, sabedoria na dosimetria do poder, permanente treinamento, tudo a recomendar remuneração condizente e a salvo de idiosincrasias governamentais e oscilações orçamentárias. Daí a regra do art. 168 da Constituição, que manda o executivo liberar os duodécimos dos

recursos devidos aos tribunais e órgãos fiscalizadores até o dia 20 de cada mês, o que nem sempre se mostra financeiramente possível, gerando circunstâncias que também podem ser aproveitadas pela sedução corruptora.

8º - Os ventos de mudança nas relações entre o público e o privado, no estado democrático de direito, alcançam uma relação que sempre foi complexa, qual seja a do juiz com o jornalista. O juiz, como agente político do estado, cumpre o dever de aplicar o direito para resolver conflitos de interesses que são submetidos ao judiciário; o jornalista, como agente de empresa privada lucrativa e independente, cumpre o dever de informar. Ambos os deveres têm sede na Constituição e correspondem a direitos assegurados à sociedade e aos indivíduos em geral, mas o juiz também tem o dever de evitar que a exposição midiática dos conflitos embarace o curso dos processos em curso, ainda que não sejam sigilosos, ao passo que haverá conflitos cuja exposição pela mídia constituirá notícia de interesse da sociedade. Eis a raiz da dificuldade da relação: os termos da exposição do conflito. As tentativas de harmonizar a relação afastam-se da essência da dificuldade quando pretendem conduzi-la para o campo dos sentimentos ou do uso recíproco. Equivocado o primeiro porque juiz e jornalista não são amigos, nem inimigos ou adversários, no exercício de suas respectivas funções. São profissionais que se devem respeito e consideração em face dos relevantes papéis que desempenham em favor das liberdades e da democracia. Equivocado o segundo porque nem o jornalista deve ver no juiz, apenas, a fonte de notícias a ser conquistada, nem o juiz deve ver no jornalista meio de acesso à notoriedade. Ao juiz pouco ou nada importa se o caso que está a julgar constitui, ou não, notícia. O juiz não escolhe os processos. Recebe-os por distribuição aleatória, sejam vultosos ou módicos os valores financeiros decorrentes do conflito, envolventes ou não de celebridades. Deverá resolvê-los com discrição, aplicando o que lhe pareça ser o direito justo, à vista das provas produzidas, em tempo razoável. E este varia conforme a natureza da causa e a necessidade de dilação probatória de maior ou menor extensão e complexidade. Os primeiros fiscais naturais de seu trabalho são os advogados que patrocinam as partes em litígio. Os segundos fiscais são os magistrados de grau superior, que examinarão os recursos interpostos pelos litigantes contra as decisões proferidas. Os terceiros fiscais são os membros do ministério público

(promotores e procuradores de justiça), que acompanham os processos com o fim de assegurar a observância da lei e do interesse público. Do jornalista não se pode exigir conhecimento jurídico equivalente ao do juiz. A sua função de informar funda-se na retidão ao apurar e transmitir os fatos e suas personagens, bem como na sensibilidade de interpretar o que seria, ou não, de interesse da população conhecer e criticar. A população é o único fiscal da qualidade da notícia que a empresa jornalística lhe oferece como produto, tanto que o compra ou o rejeita. Eventualmente, caberá ao juiz julgar o jornalista que tenha abusado do direito de informar e, ao fazê-lo, lesou direitos da personalidade de terceiros. Como caberá ao jornalista transmitir à sociedade dados que a habilitem a julgar o juiz quando este se desvia de sua missão constitucional. Tratamento respeitoso e cordial, porém independente e profissional, é o que, na relação juiz-jornalista, produzirá o que deles esperam a sociedade pluralista e o estado democrático de direito. Relação essa que também poderá sofrer performáticas intervenções corruptoras, para elevar ou reduzir responsabilidades, exagerar ou minimizar fatos, desacreditar a isenção do julgamento.

9º - A constitucionalização do direito, embora fenômeno universal dos estados democráticos de direito, não se desvincula, exatamente por ser constitucional, da ambiência cultural em que se desenvolve. Importa antes compreender as motivações de um texto constitucional (as funções que desempenha no dia a dia da nação e com quais finalidades), do que definir o que é uma constituição (a descrição de sua forma preceptiva). Thomas Jefferson, em 1776, escreveu os fundamentos da Constituição dos Estados Unidos da América tendo como verdade evidente por si só (“*we hold these truths to be self-evident*”) que todos os homens são criados iguais e como titulares de direitos inalienáveis, entre os quais a liberdade e a busca da felicidade. Para assegurar tais direitos, ditava, os governos dispõem de poderes derivados do consentimento dos governados (“*consent of the governed*”), seguindo-se que estes têm o direito de destituir qualquer governo que venha a desviar-se da proteção devida àqueles direitos humanos fundamentais. Nada obstante, o mesmo Jefferson era dono de escravos e, em acordo com os demais líderes da época, não considerou que o direito de propriedade devesse subordinar-se à liberdade e à busca da felicidade com que nascem todos os homens. O

que significa que, por trás e à margem de toda postura constituinte, bem como dos princípios e normas que gera, tecem-se pactos políticos, econômicos, sociais e corporativos que os condicionam e somente fazem sentido se compreendidos em seu contexto histórico-cultural, por isto que podem ser campo fértil para propostas enevoadas e corruptoras, sob rótulos que se auto proclamam justificáveis em seus respectivos contextos. É a síntese da conhecida escusa de que “se fez o que outros sempre fizeram”, por isto que desculpável. Ou que se impõe conter eventuais abusos no exercício da autoridade.

10º - Visto pelo prisma do desenvolvimento, o estado democrático de direito convive com pelo menos três concepções, experimentadas ao longo do século XX – a do estado liberal, a do estado da promoção social e a do estado regulador -, nenhuma delas imune às investidas da corrupção. Quando se trata de compreender os controles que a sociedade deve exercer sobre o estado organizado segundo a democracia e o direito, uma didática explicação dos modernos compêndios compara-os aos sinais de trânsito (vg Loveland, Ian - *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights*. Londres: Oxford University Press, 7ª ed., 2015). Os teóricos da “luz vermelha” (estado liberal) concentram prioridade nos meios de impedir a intervenção governamental sobre a autonomia individual (na CR/88, art. 170, IV e parágrafo único). Os teóricos da “luz verde” (estado da promoção social) sustentam que o governo deve submeter a autonomia individual à realização do bem estar coletivo e à efetivação dos direitos sociais (na CR/88, art. 6º). Os teóricos da “luz amarela” (estado regulador) ponderam que as necessidades individuais distribuem-se por amplo espectro sócio-econômico-cultural, exigente de estrutura flexível e controle sobre a dosagem das intervenções do estado (na CR/88, art. 174). A cor vermelha indica ser proibido avançar sobre a livre concorrência, desde que leal; a verde estimula a satisfação do bem-estar das pessoas, observados os limites de velocidade; a amarela acende sempre que erro ou má-fé houver no planejamento da rota ou no ritmo que se imprima ao veículo, sempre em movimento. A didática das cores pode esbarrar no daltonismo das instituições governamentais, inepto para identificar quando o muito é demais e o pouco não é o bastante para se chegar a destinos desafiantes de consenso, no prazo planejado e respeitadas as características do

veículo de que se disponha. Governos politicamente daltônicos concorrem para situações de crise porque baralham as cores ou não as distinguem. O excesso ou a escassez do vermelho, do verde e do amarelo produzirão desordem no trânsito da produção eficiente de bens e serviços, da justa distribuição do trabalho e da renda, da educação e da saúde de qualidade para todos, do respeito à segurança pública e das relações jurídicas, do equilíbrio entre receitas e despesas, da probidade na gestão pública. Inverter ou remover os sinais trará caos ao trânsito. É preciso compreender o significado de cada cor e debater sobre os cruzamentos, avenidas e acessos onde devem ser reforçados os semáforos existentes, instalados os ausentes ou retirados os dispensáveis. Motoristas, pedestres, condutores e passageiros devem manifestar-se, pois sabem, ou deveriam saber, onde a sociedade estará mais exposta a acidentes, atropelamentos e morte. As personagens desse trânsito responderão às instâncias competentes, sem exceção, pelas infrações àqueles sinais, seus resultados e a intenção com que as cometeram. O debate permanente entre os atores sociais em busca de consensos traduz a democracia; a prevenção e a reparação de danos civis, criminais, administrativos e ambientais significam o direito. Consenso, prevenção e reparação que não se coadunam com práticas corruptivas, porém podem ser por elas contaminados.

Esses cenários decerto que inspiraram a edição do Código de Ética da Magistratura, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça em sessão de 06.08.2008. Sobrelevam, quanto ao tema em análise, dois de seus *consideranda*: o código “é instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral” e “é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais”.

Entre as quarenta e duas (42) normas codificadas, mantêm estreita afinidade com o tema em tela as dos artigos 2º (Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos); 3º (A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas);

5º (Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos); 8º (O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito); 10 (A atuação do magistrado deve ser transparente, documentando-se seus atos, sempre que possível, mesmo quando legalmente previsto, de modo a favorecer sua publicidade, exceto nos casos de sigilo contemplado em lei); 13 (O magistrado deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza); 17 (É dever do magistrado recusar benefícios ou vantagens de ente público, de empresa privada ou de pessoa física que possam comprometer sua independência funcional); 18 (Ao magistrado é vedado usar para fins privados, sem autorização, os bens públicos ou os meios disponibilizados para o exercício de suas funções); 19 (Cumpra ao magistrado adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial); 23 (A atividade disciplinar, de correição e de fiscalização serão exercidas sem infringência ao devido respeito e consideração pelos correicionados); 24 (O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do direito aplicável).

Ainda o Conselho Nacional de Justiça, reconhecendo a relevância do tema, dedicou-lhe a meta 18, proposta a todos os tribunais do País: identificar e julgar, até 31.12.2013, todas as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública distribuídas até 31.12.2011; o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro obteve 73% em relação às demandas de combate à corrupção, 48% nas ações de improbidade administrativa, e 87% no julgamento das ações de crimes contra a administração pública. O Colegiado Nacional retomou o desafio no exercício de 2015, instituindo como meta 4 a prioridade de julgamento dos

processos relativos à corrupção e à improbidade administrativa, de modo a que fossem resolvidas 70% das ações distribuídas até 31.12.2012 (cfr. Relatório do Biênio 2013-2014, do TJRJ, pp. 75-77).

Arremate-se este breve olhar sobre a instituição judiciária brasileira, sob o foco do combate à corrupção e à improbidade administrativa, em busca da ética que deve presidir o estado democrático de direito, recorrendo-se à perspectiva do cientista político. O estado democrático de direito pretende virar pelo avesso o mais tenebroso caráter do poder, como explica Bobbio e basta, à guisa de conclusão, para apreenderem-se os contornos da realidade dos fatos postos à vista da sociedade brasileira e ora sob o crivo de processos judiciais:

A tendência do poder para imitar a potência de Deus sempre existiu. Pense no que é a democracia em relação à autocracia. A democracia é a tentativa de tornar o poder visível a todos; é, ou deveria ser, poder em público, ou seja, aquela forma de governo em que a esfera do poder invisível está reduzida ao mínimo. Como poderiam ser eleitas pessoas que não se deixam ver? A autocracia não pode dispensar o gabinete secreto, que é exatamente o lugar no qual o poder é o menos visível possível. As decisões devem ser tomadas em segredo porque o povo não deve conhecer, não deve saber... As decisões de poder devem ser secretas, ainda que o poder, para ser poder, deva de algum modo manifestar-se. Pense nas grandes festas, nos arcos do triunfo, na pompa ostentada, na carruagem real que passa em meio às duas alas da multidão. O poder se esconde e ao mesmo tempo se manifesta para tentar atrair a atenção, para seduzir o povo com a pompa e o fausto. É invisível, mas tem necessidade de se fazer ver. Com o segredo, o poder busca inculcar temor; com a pompa e o fausto, o poder tenta seduzir. Temor e respeito estão estreitamente ligados à questão do segredo do poder. O poder quer ser temido e respeitado. O temor e o respeito estão atados... Tanto o temor quanto a veneração são dois comportamentos de submissão: o primeiro com o terror, o segundo com a admiração... na triste ocorrência da corrupção, maior a arbitrariedade dos funcionários e dos políticos, maior o seu poder de tomar decisões

arbitrárias, tanto mais fácil corrompê-los. Com frequência as propinas são cobradas por indivíduos que ocupam cargos públicos a partir dos quais exercem um certo poder discricionário. A discricionariedade deve ser entendida em sentido amplo. Até os contínuos podem ter o poder de apagar a seu bel-prazer o processo de transferência de documentos de uma repartição para outra. Em contrapartida, quanto mais o desempenho dos políticos e dos funcionários está sujeito a regras e verificações, menor é a possibilidade de corromper. A transparência é de um elemento fundamental para o funcionamento da democracia: ela permite o controle por parte dos cidadãos sobre as atividades dos governantes, que funda e legitima a democracia representativa. A delegação de poder por parte dos cidadãos aos seus representantes pressupõe de fato a possibilidade de conhecer, avaliar e eventualmente sancionar o seu desempenho. Isto vale tanto para os representantes eleitos, que têm a tarefa de tomar as decisões políticas, quanto para os administradores de carreira, que devem implementar aquelas decisões (Bobbio, Norberto, et Viroli, Maurizio. Diálogo em torno da República. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2002, pp. 106-111).

Adrian Wooldrige, jornalista e historiador inglês, em entrevista veiculada pela Revista Veja, edição de 18.10.2017, p. 19-23, assim finaliza a mensagem que pretendeu repassar através de seu livro *A Quarta Revolução – A Corrida Global para Reinventar o Estado*, publicado em 2014:

Precisamos de um Estado poderoso para fornecer serviços públicos, para evitar que a pessoas matem as outras, para preservar a ordem pública. O problema é que o Estado tende a se autoalimentar. Quanto maior o seu tamanho, mais indisciplinado ele fica. Presta serviços cada vez piores à população, até colapsar sob o próprio peso. É preciso usar a tecnologia moderna para aperfeiçoá-lo. Pode parecer banal dizer isso, mas, se voltarmos ao século XIX, houve um salto de produtividade graças ao uso de máquinas que substituíram trabalhos feitos à mão, com a

Revolução Industrial e a Revolução Agrícola. Agora temos as bases de uma nova revolução com as máquinas inteligentes. Os computadores tendem a ser intensivos no uso de informações e de mão de obra. A produtividade na prestação de serviços pode crescer muito... A democracia é a melhor entre todas as formas possíveis de governo, ainda que seja capaz de apresentar problemas de toda espécie, como promessas demais, muitas das quais descumpridas. Existe a corrupção. Mas a democracia é muito valiosa e precisamos reformá-la e protegê-la dela própria... O populismo está substituindo o julgamento individual sobre a Constituição e o governo... Por trás disso tudo está, infelizmente, a estagnação econômica. As pessoas ficam furiosas. Nesse estado, se tornam demagogas. E uma razão pela qual os países se encontram estagnados economicamente é que eles estão dispendendo demais com os gastos obrigatórios, sem investir o suficiente na economia produtiva. Tudo isso mostra que é preciso um novo rumo.

Desde que esse novo rumo, ressalve-se, siga pautado pela ética universal do respeito à dignidade das pessoas e seu legítimo anseio de articular liberdade e segurança. Tal a missão permanente da magistratura.

A necessidade de redução do conteúdo normativo da tipificação das modalidades do lenocínio¹

*O Estado como invasor da privacidade de homens e mulheres capazes.
Afronta à dignidade humana garantida constitucionalmente*

José Muiños Piñeiro Filho^{2/3}

“Não há qualquer perda de dignidade no ato de prostituir-se”
Luís Greco

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Os tipos penais dos artigos 229 e 230 do Código Penal. O Código Penal de 1940, a Lei n. 12.015/2009 e o PLS n. 236/2012; 3. Técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Uma (re)leitura dos crimes de lenocínio.

1. INTRODUÇÃO

Na “Exposição de Motivos do Código Penal de 1940”, o Decreto-Lei nº 2.848/1940, ainda em vigor, o então Ministro da Justiça Francisco Campos, assim apresentou a tipificação dos chamados crimes ou modalidades de lenocínio:

*“75. Ao definir as diversas modalidades do lenocínio, o projeto não faz depender o crime de especial meio executivo, nem da habitualidade, nem do fim de lucro. Se há emprego de violência, intimidação ou fraude, ou se o agente procede **lucri faciendi causa**, a pena é especialmente agravada. Tal como na lei atual, o lenocínio qualificado ou familiar é mais severamente punido que o lenocínio simples. Na prestação de local a encontros para*

¹ “Lenocínio. *s.m.* Crime que consiste na exploração da prostituição alheia”. (AULETE, C. **Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Ed. Nova Fronteira, 2004. p. 489); “Lenocínio: Crime de prestar assistência à libidinagem alheia e/ou dela tirar proveito” (AURÉLIO. **Dicionário da língua portuguesa**. 6a ed. Ed. Positiva, 2004. p. 512).

² Magistrado estadual (TJ/RJ. 2008/atual). Ex-integrante do Ministério Público estadual (MP/RJ. 1983/2008). Mestre em Direito Público (UNESA). Presidente do Fórum Permanente de Direito Processual Penal e Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor Universitário.

³ Colaborou como pesquisador César Manuel Granda Pereira, assessor de gabinete, aprovado nos concursos para a Magistratura do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

*fim libidinoso, é taxativamente declarado que o crime existe independentemente de mediação direta do agente para esses encontros ou de fim de lucro. São especialmente previstos o rufianismo (**alphonsisme**, dos franceses; **mantenutismo**, dos italianos; **Zuhalterei**, dos alemães) e o tráfico de mulheres”.*

Pois bem, dentre os crimes previstos no referido capítulo foram tipificadas as seguintes condutas: **Casa de prostituição** (art. 229 - *Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente*); e, **Rufianismo** (art. 230. *Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça*).

Em 2009, portanto, após a vigência da Constituição de 1988, foi editada a Lei nº 12.015, inspirada em convenções internacionais, modificando o título do Capítulo V, do Título VI, passando a denominá-lo “Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”, afastando o *nomen iuris* “Casa de Prostituição” do art. 229, que passou a ter a seguinte redação: “*Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente*”, sendo certo que o art. 230 manteve o *nomen iuris* “rufianismo”, com manutenção da redação original, embora com modificação das formas qualificadoras.

Entende-se a inspiração da mudança. No entanto, embora mereça encômios a iniciativa na especial tutela e proteção da dignidade sexual das crianças, inspirada nos diplomas internacionais que regem a matéria, perdeu-se uma grande oportunidade de se afastar a intervenção do Poder Público no que diz respeito à liberdade sexual dos maiores e capazes, notadamente no âmbito da comercialização do sexo, quando seria recomendável, ademais, algum dispositivo legal não incriminador ou que excluísse expressamente a prática criminosa, quando o agenciamento da prostituição se demonstrasse protetivo àquele ou àquela que quer oferecer seu corpo em troca de dinheiro, mas não deseja se arriscar ou se expor, tudo isso no horizonte da autonomia privada e da liberdade negocial entre pessoas capazes.

A propósito do tema, o autor deste trabalho teve a oportunidade de participar de dois julgamentos, respectivamente, nas 2ª e 6ª Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que pôde debater a questão com seus pares, restando vencido no primeiro julgamento⁴, mas vencedor na tese no segundo⁵.

De fato, nos dois julgamentos mencionados, a conclusão do autor foi no sentido de que, no caso desses delitos, mantidos os tipos penais, deve-se aplicar a técnica de redução parcial dos seus respectivos textos, no sentido de que somente haverá reprovação em sede penal se a vítima for incapaz, coagida ou sofrer algum tipo de violência que obsta ou paralisa a sua voluntariedade e concordância em se submeter às práticas sexuais, notadamente objeto de contrato ainda que informal.

A questão fluiu mais profundamente no caso julgado na 2ª Câmara Criminal. Naquela ação penal, mulheres maiores, capazes, independentes e de livre e espontânea vontade se interessavam por anúncios que as convidavam para trabalhar como “garotas de programa” e para serem agenciadas pelos, então, acusados. Em troca, recebiam alimentação, transporte, parte do que arrecadavam, além de acesso a uma carteira de clientes cadastrados. Algumas garotas se comprometiam a ficar alguns dias da semana, durante determinado tempo, em um dado local, à disposição, onde aguardavam o contato telefônico para serem levadas em automóveis de luxo aos locais do encontro, normalmente, motel ou hotel ou residência alugada para tal fim.

Para enfrentar a adequação típica em sede penal, necessário se fazia um estudo prévio da adequação à Constituição da eleição, pelo legislador ordinário, como objeto jurídico dos crimes dos arts. 229 e 230, do Código Penal, já considerada a redação dada pela Lei nº 12.015/2009, da proteção da dignidade humana no aspecto da sexualidade.

Não se pode olvidar que a Constituição do Brasil, atualmente, concede e garante ao ser humano maior e capaz, liberdade para negociar o sexo, considerando-se a possibilidade de que venha o indivíduo a se oferecer para que alguém o empresarie e efetue a comercialização dessa oferta. No ponto, esta liberdade existe hoje e, ressalvase, não está limitada por aspectos morais ou de adequação social.

⁴ Autos de Apelação Criminal nº. 0432501-56.2008.8.19.0001. 2ª Câmara Criminal. TJRJ

⁵ Autos de Apelação Criminal nº. 0001020-64.2011.8.19.0057. 6ª Câmara Criminal. TJRJ

Na atualidade, numa sociedade que se pretende laica e pluralista, onde se impõe o respeito pelas diferenças, sendo a sexualidade um dos principais atributos da condição humana, não se pode frear ou buscar reprimir a gama de opções e a diversidade de valores e crenças que por ela perpassam, não cabendo à esfera jurídica, ainda mais à esfera penal, delimitar práticas de acordo com parâmetros genéricos de eticidade, de moralidade pública ou de bons costumes.

Todavia, tem-se conhecimento de algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, afastando a tese de adequação social, cabendo enfatizar não ser este o fundamento do presente trabalho.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATIPICIDADE. RUFIANISMO. ABOLITIO CRIMINIS DO CRIME DO ART. 229. ALTERAÇÃO DA LEI Nº 12.015/09. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 229 DO CP. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DELITOS DOS ARTS. 229 E 230 DO CP. IMPOSSIBILIDADE.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n.109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n.117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

*III - As teses acerca da atipicidade da conduta prevista no art. 230 do Código Penal pelo princípio da **adequação social** e da incidência do instituto do *abolitio criminis* ao art. 229 do Código Penal não foram apreciadas pelo eg. Tribunal a quo, não é possível a esta eg. Corte preceder a tais análises, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes).*

*IV - A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter estabelecimento em que ocorra **exploração sexual**, delito tipificado no artigo 229 do Código Penal (Precedentes).*

V - O delito de rufianismo não é um mero exaurimento tampouco está na linha de desdobramento regular do delito tipificado no art. 229 do CP. Inaplicável, portanto, o princípio da consunção.

VI - In casu, não merece prosperar a insurgência quanto à dosimetria da pena, uma vez que a fixação da pena foi fundamentada nas peculiaridades do caso concreto, bem como na comprovação da reincidência. Habeas corpus não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça. HC 238.688/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 19/08/2015)

Neste momento em que se faz menção a julgados das Cortes Superiores, vale reproduzir comentários de LUÍS GRECO, na Revista Brasileira de Ciências Criminais⁶, a respeito de julgado do STF (HC 104.467), da relatoria da Min Cármem Lúcia, cujo objeto foi a prática do crime de manter casa de prostituição.

⁶ In: Revista Brasileira de Ciências Criminais; Ano 19; vol. 92; Set-out/2011; Editora Revista dos Tribunais.

“O STF em acórdão de lavra da Min. Cármem Lúcia denegou o pedido, por uma série de razões, que abaixo discutirei detidamente. Segundo o voto da relatora, haveria um bem jurídico protegido, a saber, a “moralidade sexual e os bons costumes”, de modo que não se poderia aplicar aqui o princípio da fragmentariedade; em segundo lugar, a mudança de redação do dispositivo teria descriminalizado, por exemplo: motéis e casas noturnas, mas não a conduta de manter casa de prostituição, uma vez que nestes locais ocorreria “exploração sexual”. O princípio da adequação social é afastado, porque ele “por si só, não tem o condão de revogar tipos penais”. A Turma acabou por acompanhar o voto da relatora e decidiu, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus.

“Com esse entendimento, que confirma decisão anterior, perdeu o STF áurea oportunidade de dar um passo adiante na realização de um Estado liberal, isto é, de um estado para o qual decisões que dizem respeito à vida boa, à virtude de uma pessoa, têm de ser tomadas pela própria pessoa e não são assunto do Estado. Mas esse erro não é exclusivamente imputável à Corte: como veremos, boa parte dos argumentos do STF procede, e os argumentos que lhe foram oferecidos pelo habeas corpus – adequação social, fragmentariedade – são tão deficientes, que a ninguém pode espantar o fato de a Corte os ter rejeitado. O que é de se lamentar porque a própria lei vigente abre as portas para a solução liberalizante. Na presente análise das razões da decisão, tecerei observações a respeito do caminho que se poderia ter seguido e que oxalá se torne objeto de maior atenção doutrinária e jurisprudencial”.

(...)

“A decisão se reporta ao parecer da Procuradoria Geral da República, segundo o qual a prática imputada aos pacientes continua a ser, na visão do legislador ordinário, ofensiva a bem jurídico protegido: não propriamente à alegada moralidade pública sexual (...) mas sim à dignidade sexual, inerente à esfera de dignidade da pessoa humana.

“O que se lê no parecer da Procuradoria Geral, no lugar de uma fundamentação, é uma série de lugares comuns, de que ninguém duvida, a saber: que a dignidade da pessoa humana é

fundamento da República Federativa do Brasil, ex vi do Art. 1º da CF/1988, e que seria “temerário defender-se, assim, interpretação do texto constitucional que, a pretexto de prestigiar o pleno exercício das liberdades públicas, o faz em detrimento de princípio fundamental”. As considerações da Procuradoria Geral são tão abstratas e desprendidas do caso concreto, que se torna impossível discuti-las”.

(...)

“Poder-se-ia dizer que quem mantém casa de prostituição, ainda que sem intuito de lucro, participa da degradação alheia, do fato de alguém reduzir seu próprio corpo à mercadoria, à instrumento do prazer físico de terceiros. Se essa for a fundamentação da violação à dignidade – e não se vê fundamentação alternativa possível – tem-se de atentar que, sob o manto de uma terminologia moderna (dignidade), o que se está defendendo é a antiga postura moralista.

*Os problemas do conceito de dignidade humana são suficientemente conhecidos. O aspecto que os interessa agora diz respeito a uma ambiguidade fundamental inerente a esse conceito. Poder-se-ia dizer que a dignidade pode ser compreendida ou de uma **perspectiva política** – dignidade como autonomia, como o direito de viver segundo seu próprio plano de vida, sua própria noção de vida boa; e que o conceito também pode ser entendido de uma **perspectiva perfeccionista** – dignidade como virtude, como a admirabilidade daquele que realiza certas experiências inerentes à vida boa”.*

(...)

“O único sentido que pode interessar a um Estado liberal, que é um Estado que permanece diante das diferentes noções de vida boa, é o primeiro, o conceito político de dignidade. Porque o conceito perfeccionista de dignidade equivale a elevar o Estado, um aparato dotado de poderes coercitivos, ao rol de juiz sobre a virtude de seus indivíduos. Ainda que consideremos a prostituição algo pouco admirável – o que está implícito no fato de que ninguém, nem mesmo os profissionais do ramo, aconselhe seus filhos a seguirem carreira – não pode ser tarefa do Estado impedir que uma pessoa adulta e responsável tome essa decisão. Doutro modo, ter-se-ia de perguntar por que parar por aqui,

porque não proibir também o sexo com animais, a troca de casais, exibições eróticas, todos eles comportamentos que, sem dúvida, não admiramos. Ter-se-ia, ao final, aquilo que se chamou de uma “tirania da dignidade.

“Ou seja, partindo de um conceito político de dignidade como autonomia, tem-se de afirmar, decididamente, que não há qualquer perda de dignidade no ato de prostituir-se. Assim sendo, participar desse ato, por meio de mera manutenção de uma casa de prostituição, tampouco lesiona qualquer dignidade. O parecer da Procuradoria Geral, que é seguido pelo STF, parte do conceito perfeccionista, antiliberal de dignidade, que não reconhece aos indivíduos o direito de viver a sua vida segundo sua própria noção de vida boa”.

No caso examinado e julgado pelo autor destas linhas, ninguém foi violentado, não havia qualquer prova de que as supostas vítimas eram obrigadas ao sexo, ou mesmo que eram incapazes ou tinham alguma anomalia a prejudicar ou diminuir seus conhecimentos e modo de agir. É certo que mulheres eram obrigadas a cumprir uma jornada, o que não se constituía em qualquer forma de repressão, ao inverso, indicava uma espécie de vínculo empregatício informal.

Ressalte-se que já existe decisão na Justiça do Trabalho (TRT/SP) sobre casas de prostituição em que se reconheceu o vínculo empregatício. Trata-se de um caso em que uma mulher fora contratada para ser dançarina e “garota de programa”, tendo sido usada, também, como acompanhante de clientes, com objetivos de aumentar a venda de bebidas alcóolicas na casa referida noturna. Por ter falecido no decorrer do processo, a trabalhadora deixou um filho menor de idade como seu beneficiário.

2. OS TIPOS PENAIIS DOS ARTIGOS 229 E 230 DO CÓDIGO PENAL. O CÓDIGO PENAL DE 1940, A LEI Nº 12.015/2009 E O PLS Nº 236/2012.

Analisando-se os tipos penais em comento, e ainda o art. 228 do CP, constata-se que esses três “crimes”, que estão incluídos no capítulo do lenocínio, configuram uma exceção à dogmática penal.

Com efeito, verifica-se que só se pune, neste capítulo, os crimes subsidiários e não o principal. O crime principal, que é ou seria a prostituição, não é punido, mas, de forma contraditória, todos os acessórios o são. Este caso não é o único. Em nossa legislação penal verifica-se o mesmo com o suicídio.

No nosso entender, essa visível incoerência do sistema penal, que tolera a prostituição quando praticada individualmente, mas reprime a prostituição coletiva nos prostíbulos e a que se realiza por agenciadores, não se sustenta juridicamente, hoje, face ao texto constitucional vigente, ressalvadas as hipóteses de constrangimento ou de qualquer ato que retire a liberdade de decisão daquele(a) que deseja comercializar seu corpo. Tudo o que há em contrário, atualmente, são argumentações exclusivamente morais, que partem de valorações muitas vezes de ordem religiosa.

Importante enfatizar que se a vítima é forçada, obrigada ou coagida a se prostituir, não se trata de mera prostituição, mas de estupro ou de escravidão para fins sexuais, e logicamente por estes graves crimes o autor deve ser punido, já que houve uma inequívoca lesão ao direito à liberdade sexual da vítima.

Os argumentos apresentados na ação penal anteriormente referida, dando conta de que as mulheres muitas vezes são levadas a se prostituir por necessidade econômica, condições alheias, o que as tornariam verdadeiras vítimas, mostraram-se frágeis. Nesse ponto, reproduz-se texto de TÚLIO VIANNA, professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG, extraído da revista Síntese Direito Penal e Processo Penal⁷.

“Situação bastante diversa é quando a mulher, por necessidade econômica, é levada a se prostituir. Aqui não há vítima, pelo menos no sentido jurídico do termo, já que a mulher fez uma escolha por esta forma de ganhar a vida. É bem verdade que esta escolha pode não ter sido voluntária e que as suas condições socioeconômicas talvez tenham sido determinantes em sua decisão, mas certamente foi uma escolha livre. Escolhas livres não são necessariamente voluntárias, no sentido de serem

⁷ VIANNA, Túlio Lima. **O Brasil deve abolir esse crime sem vítima, motivado somente por valorações moralistas e religiosas que recriminam o comércio do sexo entre pessoas adultas e capazes. Um resquício de Nosso Código Penal Autoritário que precisa ser superado.** In: Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal nº 82, v 14 2013.

determinadas por um desejo íntimo independente das condições socioeconômicas em que se vive. O sistema capitalista é bastante perverso, já que permite a poucas pessoas escolherem voluntariamente se preferem ser médicas ou faxineiras; advogadas ou traficantes de drogas; atrizes ou prostitutas, mas não se pode cair no determinismo simplista de afirmar que suas escolhas não sejam livres. Do contrário, boa parte dos traficantes de drogas e ladrões não poderiam também ser presos, pois seus crimes também não seriam escolhas livres.

“Vê-se, pois, que não se pode querer punir os donos e donas de casas de prostituição por meio do singelo argumento de que exploram as prostitutas, que não estão ali por escolhas voluntárias, pois no sistema capitalista, por definição, é isso que fazem todos os proprietários dos meios de produção: o fazendeiro explora o camponês porque é dono da terra, o industrial explora o operário porque é o dono das máquinas, o comerciante explora o balconista porque é dono da loja. E o(a) dono(a) do prostíbulo, “inclui-se por nossa conta o(a) agenciador(a)” há de explorar também a prostituta por ser dono(a) do quarto e da cama(a) e do cadastro de clientes.

“A questão não é a exploração do trabalho em si, mas a condenação moral de um trabalho que tem por fim a satisfação sexual de alguém. O que incomoda é a herança moral cristã que condena como pecado uma profissão que, em vez de produzir riqueza, produz prazer.

Na Europa, as casas de prostituição são legalizadas e regulamentadas na Alemanha, Holanda, Suíça, Áustria, Hungria, Grécia e Turquia e, na América Latina, estes estabelecimentos são legais no México, Bolívia, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Países que superam o moralismo em prol da dignidade desta parcela de trabalhadores que merece o mesmo respeito de qualquer outra atividade humana”.

Expurgando-se qualquer tipo de moralismo, a prostituição é uma profissão como qualquer outra, que pode ser explorada economicamente, desde que não exista coação, violência, e deve e merece ser regulada pelo Estado para que as prostitutas – e os prostitutos também, gize-se – possam ter garantidos seus direitos trabalhistas e

previdenciários – embora hoje já se saiba que a profissional do sexo pode contribuir com a Previdência Social como autônoma e se aposentar.

Questiona-se, destarte, dentro do tema da profissionalização da prostituição, a figura presente no art. 230 do Código Penal. Como já reproduzido neste estudo, indaga-se: não seria possível admitir uma profissão que possui em seu âmago a exploração do sexo?

A criminalização dos acusados, no caso acima referido, os quais agenciavam e transportavam as garotas para programas com clientes, em sua maioria cadastrados, e auferiam porcentagem do que fora ganho, não irá impedir a prostituição, mas terá o efeito de penalizar as prostitutas, forçando-as a se prostituírem nas ruas, onde ficariam mais vulneráveis às agressões de clientes e criminosos.

Com relação ao tipo penal do art. 230 e a figura do agenciador, reproduz-se pequena parte de texto produzido por RENATO WATANABE DE MORAIS para o boletim do IBCCRIM⁸.

“Observa-se que essa atividade não é muito diferente do que já se vê nos casos de atletas profissionais e músicos com seus empresários. Todavia, a conduta passa a ser considerada crime pelo simples fato de tratar-se de um tema ainda hipocritamente delicado. Não se está ferindo nenhuma autonomia da vontade ou liberdade. Trata-se de um mero gerenciamento de pessoal.

“Torna-se ainda mais discutível a criminalização do agenciador num contexto de facilitação das comunicações. O trabalho nas ruas é cada vez mais raro, muito sendo resumido à internet e ao telefone. O contato entre os trabalhadores para troca de informações e experiência, cria uma rede em que torna ainda mais difícil a visualização de lesão a algum bem jurídico. Um exemplo de como o tratamento da matéria encontra-se desajustado é a hipótese do gerenciador de algum site de acompanhantes ser incriminado por rufianismo.

“No caso, o que se está tutelando não é a liberdade da pessoa, mas sim uma pretensa moral. Sendo a moral fruto da

⁸ MORAIS, Renato Watanabe. **Quando o problema não é a Prostituição.** In: *Boletim IBCCRIM*; vol. 18; nº 222; Maio 2011; pág. 18.

relação de alguém com o espaço-tempo em que se encontra (uma vez que pessoas diferentes podem possuir morais diferentes, as quais conseqüentemente, não se confundem com a moral da sociedade), ela dentro de uma concepção de Estado Democrático de Direito, não pode ser considerada um bem jurídico passível de tutela penal, sob pena de incorrer-se em arbitrariedades” (grifo nosso).

Outro argumento apresentado pela maioria vencedora, naquele feito penal, e que, com todas as vênias, mostrou-se pouco consistente, resume-se ao fato de que se o legislador realmente quisesse descriminalizar as condutas descritas nos tipos em análise o teria feito na reforma de 2008/2009, com a Lei nº 12.015/2009. Tal assertiva não convém como justificativa para que se mantivesse a condenação.

Em verdade, o juiz deve aplicar a lei, mas a lei que entenda e considere constitucional.

Retornando-se no tempo, vale a lembrança de que SANTO AGOSTINHO e SÃO TOMÁS AQUINO abrandaram e intervieram para que a prostituição fosse aceita, até mesmo pela Igreja.

Analisando-se as legislações penais que vigoraram por aqui, o Código Penal de 1830 não cuidava do lenocínio, apesar da influência das Ordenações Portuguesas. O tema só entrou em pauta com a Proclamação da República.

Neste ponto, destaca-se como o Estado está intervindo e interferindo na liberdade de o ser humano obedecer ao seu instinto ou atender às suas necessidades. BENTO DE FARIA, no início do séc. XX, antes da entrada em vigor do Código Penal de 1940, afirmou que: *“O instinto sexual no homem é incoercível e a sua satisfação fisiológica é condição indispensável de saúde. Não há dúvida que o casamento monogâmico é a forma única de regular o comércio sexual tendo em vista a superveniência da prole”*.

NÉLSON HUNGRIA apesar de adjetivar a prostituição como “fatalidade da vida social, mal deplorável”, sem querer fazer seu elogio, dizia reconhecer uma função preventiva na entrosagem da máquina social. Afirmou ainda: *“É uma válvula de*

escapamento na repressão de irrecusável instinto”, ou seja, interpreta-se que o sexo é da natureza humana.

Doutrinadores como GUILHERME NUCCI e ROGÉRIO GRECO defendem a atipicidade dos citados tipos penais, porque o aspecto é moral, inclusive não havendo que se falar em habitualidade destes crimes. Esses tipos penais deveriam ser abolidos, a não ser no caso de violência, da obrigação de impor a mulher a praticar ato contra a sua vontade.

Aliás, NUCCI, no seu livro “Crimes Contra a Dignidade Sexual: Comentários à Lei 12.015/2009”, tece os seguintes comentários, ao abordar o rufianismo (art. 230 do Código Penal)⁹:

*“Mantém-se a figura do **caput**, consistente em punir o rufião, aquele que vive à custa da prostituição alheia. Na realidade, não deixa de ser também figura ultrapassada, pois o mundo moderno, inclusive em outros países, tem buscado a legalização da prostituição e, conseqüentemente, do empresário do setor. O rufianismo pode ser uma forma de proteção à pessoa que pretende se prostituir (conduta não criminosa). Logo, ingressa nesse contexto o moralismo, por vezes exagerado, de proibir qualquer forma de agenciamento ou condução empresarial da atividade. A sociedade olvida o desatino de manter a prostituta nas ruas, sem proteção e vítima da violência, disseminando doenças, dentre outros problemas, em lugar de lhe permitir o abrigo em estabelecimentos próprios, fiscalizados pelo Estado, agenciados por empresários, com garantia tanto ao profissional do sexo quanto à clientela. Enquanto se mantém na criminalidade a figura do rufião, que não se vale de violência ou grave ameaça, está-se incentivando a prostituição desregrada e desprotegida, pois acabar com a atividade o Estado jamais conseguirá.*

“A legislação penal brasileira, quando é modificada, parece desconhecer a realidade, alterando muitos pontos supérfluos e inúteis, deixando de observar o cerne das questões

⁹ NUCCI, Guilherme. **Crimes Contra a Dignidade Sexual. Comentários à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.** 3ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

de cada um dos tipos penais carentes de revisão”. (Destques não são do original)

Merece registro, também, que no anteprojeto de um novo Código Penal, em que o autor deste artigo teve a oportunidade de integrar uma das comissões elaboradoras¹⁰, discutiu-se isto, e na proposta que está sendo aprovada no Senado Federal só se pune no seguinte caso: **“Obrigar alguém a exercer a prostituição ou dificultar ou obrigar que a abandone”**, logo, ao tempo em que se extirpou com os três tipos penais previstos hoje nos arts. 228, 229 e 230, todos do Código Penal, fez-se, também, uma adequação desta realidade, defendendo que o sexo é livre para os maiores e capazes.

A Constituição do Brasil, em leitura atualizada, a exemplo de como acontece com a liberdade de expressão, garante a liberdade sexual aos maiores e capazes. Na realidade atual, impõe-se que seja entendido que este comércio existe por necessidade, pois ninguém se vê obrigado a ele. Ora, por que o homem ou a mulher precisam se casar para se permitir à prática sexual? Não é necessário a presença de um proxeneta ou de um rufião, basta que numa relação de afeto se tenha um(a) namorado(a), por exemplo. E para quem não deseja uma relação duradoura, basta pagar pelo sexo, sem que haja algum problema ou proibição de ordem jurídica. O Estado nesse caso o autoriza. Mas não da mesma forma como ocorre em outras profissões em que há regulamentação. Pouco crível que não se possa ter um agenciamento do comércio sexual, até mesmo para a própria segurança dos envolvidos. Evidentemente que não se desconhece as diferenças entre o **proxeneta** e o **rufião**. Rufião é a hipótese do art. 230 do Código Penal – também conhecido como gigolô (rufianismo passivo) ou cafetão (rufianismo ativo), é a pessoa que vive da prostituição alheia. Já o proxeneta, por sua vez, é intermediário de encontros sexuais de terceiros, bem como aquele que mantém espaços reservados para tanto, auferindo ou não vantagem econômica.

¹⁰ O Senado Federal, em 2011, por iniciativa do Senador da República Pedro Taques (PDT/MT), constituiu Comissão de Juristas para elaborar um novo Código Penal, presidida pelo Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, cujos trabalhos resultaram no PLS n. 236/2012, já aprovado em Comissão Especial do Senado da República, encontrando-se, na data da publicação deste trabalho, na Comissão de Constituição e Justiça da referida Casa parlamentar.

NELSON HUNGRIA, com sua conhecida sagacidade, lembra de um acontecimento, quando um delegado de costumes, em nome da moralidade pública, resolveu acabar com o Mangue, o célebre quarteirão onde se explorava a prostituição no Rio de Janeiro. O resultado de tal medida foi um desastre. O Mangue era lugar de grande concentração e movimento, embora relativamente distante do Centro, funcionando às escondidas, apesar de ser do conhecimento da população da carioca. As prostitutas, com o fechamento do local, passaram a ocupar outros bairros da cidade, o que despertou violenta reação da própria sociedade, que começou a protestar, não havendo outra solução, senão permitir-se a reabertura do Mangue, em 1940.

3. TÉCNICA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO. UMA (RE)LEITURA DOS CRIMES DE LENOCÍNIO.

Hoje, apesar de não estar escrito em Lei, pensa o autor que a Constituição do Brasil garante a liberdade e que não devem ser tipificados, quer o agenciamento, não o agenciamento com violência ou grave ameaça – por isso o tipo penal deve continuar vigente –, quer o agenciamento para proteção – a permitir que o homem ou a mulher, até por insatisfação com o casamento, pague ou tenha o mínimo de garantia dos serviços, de forma discreta, sem precisar correr os riscos de uma exposição pública.

De qualquer computador, é possível o acesso a sites – são inúmeros os domínios, onde os(as) profissionais do sexo se exibem em fotos e se descrevem fisicamente, inclusive indicando endereços para contato. Para acessar os sítios eletrônicos (*sites*), exige-se apenas a maioria. O Poder Público, por sua vez, permite que se tenha o consumo doméstico, ou seja, é possível o acesso às imagens, ao endereço, aos telefones e, em alguns casos, à antecipação do valor dos serviços. Não há aqui o risco de os interessados serem obrigados a sair para as calçadas. Lógico que nem todos possuem computadores. Em verdade, as pessoas que foram condenadas na ação penal aqui mencionada, o foram justamente por agenciarem a prostituição fora do domínio virtual.

Pois bem, os textos legais mais modernos, permitem a liberdade sexual de forma dimensionada. Trata-se de caráter instintivo, aspecto que é próprio à natureza humana e, por isso, até o Estado deveria se não o facilitar, pelo menos não criar obstáculos para sua realização. Evidentemente que a prostituição necessita de regulamentação séria e isenta, livre dos acúmulos de moralidade estranhas à intervenção estatal. Não basta a oferta exposta do(a) prostituto(a) nas esquinas, deve haver um lugar seguro para o sexo.

Portanto, inclinamo-nos, naquele caso concreto, pela declaração parcial da inconstitucionalidade, sem redução de texto, ou seja, mantendo-se o texto tipificador das condutas em sede penal dos arts. 229 e 230 do Código Penal, mas com o alcance reduzido, somente nas hipóteses em que o intérprete determinar.

Acerca dessa técnica, assim se manifestou CELSO RIBEIRO BASTOS¹¹:

“Trata-se de uma técnica de interpretação constitucional - que tem sua origem na prática da Corte Constitucional alemã - utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se declara a inconstitucionalidade parcial da norma sem reduzir o seu texto, ou seja, sem alterar a expressão literal da lei. Normalmente, ela é empregada quando a norma é redigida em linguagem ampla e que abrange várias hipóteses, sendo uma delas inconstitucional. Assim, a lei continua tendo vigência - não se altera a sua expressão literal -, mas o Supremo Tribunal Federal deixa consignado o trecho da norma que é inconstitucional. É dizer, uma das variantes da lei é inconstitucional. Portanto, faz-se possível afirmar que essa técnica de interpretação ocorre, quando – pela redação do texto na qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional – não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar a parte inconstitucional. Impõe-se, então, a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal”.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 175.

Na ementa abaixo transcrita, veja-se em operação a técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto:

Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei 9.099, de 26.09.95, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna (art. 5º, XL, da Carta Magna). Pedido de liminar. - Ocorrência dos requisitos da relevância da fundamentação jurídica do pedido e da conveniência da suspensão parcial da norma impugnada. Pedido de liminar que se defere, em parte, para, dando ao artigo 90 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, interpretação conforme à Constituição suspender "ex tunc", sua eficácia com relação ao sentido de ser ele aplicável às normas de conteúdo penal mais favorável contidas nessa Lei. (ADI 1719 MC, Relator: MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/1997, DJ 27-02-1998 PP-00001 EMENTA VOL-01900-01 PP-00001); EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à

qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que

pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). (ADI 4815, Relatora: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

A leitura que se deve fazer, à luz da Constituição do Brasil de 1988, é a de que desde que não ocorra violência, obrigação ou incapacidade, e havendo consentimento das partes, deve-se considerar lícito o agenciamento, reconhecendo-lhe constitucionalmente a prática. Inconstitucional seria, por alguma razão de ordem moral, o poder estatal impedir que os indivíduos maiores e capazes pudessem pactuar nesse sentido. E não seria defeso ao Estado, inclusive, tributar a atividade. Não se vê a razão, portanto, pela qual o poder público deva intervir em relação de natureza pactual privada em que homens ou mulheres maiores e capazes que desejem vender seu corpo o façam com segurança.

Há que se fazer uma releitura do texto constitucional e entender que o Estado possui limites em suas esferas de atuação, não podendo impedir que terceiros agenciem a prática sexual de quem o comércio do próprio corpo pretende explorar. Na verdade, os artigos 229 e 230 do Código Penal continuam em vigor e subsistem, mas o alcance dos respectivos conteúdos só permite a punição, constitucionalmente, quando o rufião, o proxeneta, aquele que empresaria, o faz obrigando, intimidando ou não permitindo, por exemplo, que a vítima saia, abandone o negócio¹².

¹² Nesse sentido são as seguintes decisões: Autos de Apelação Criminal nº. 0004504-19.2014.8.19.0078. Rel. Des. Márcia Perrini Bodart. 4ª Câmara Criminal. TJRJ; Autos de Apelação Criminal nº. 0299903-94.2015.8.19.0001. Des. Suimei Meira Cavalieri. 3ª Câmara Criminal. TJRJ; Autos de Apelação Criminal nº. 0002825-74.2012.8.19.0006. Des. Adriana Lopes Moutinho Daut D'Oliveira. 8ª Câmara Criminal. TJRJ

Destarte, os maiores de 18 (dezoito) anos no Brasil são livres para obter agenciamento para o comércio sexual, um agenciador que forneça uma estrutura que os proteja, dando maiores garantias e fornecendo clientes cadastrados. Por isso, considerou-se que a matéria é de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, já que não se constatou, naquela hipótese tratada na já referida Apelação Criminal, qualquer impedimento, violência ou elemento suficiente a sugerir vício no consentimento das supostas vítimas.

Reafirma-se que não se está sustentando que os tipos em questão mereçam ser extirpados, revogados do Diploma Penal, mas que se tronam inconstitucionais quando não se verifica violência ou grave ameaça, a viciar o consentimento daquele(a) que quer se prostituir a partir de um agente próprio. A liberdade sexual hoje é garantida pelo Estado Democrático de Direito e exige que o Poder Público facilite, proteja e regulamente o agenciamento do sexo e, principalmente, fiscalize a atividade de modo a torná-la permitida e segura.

Condenando pessoas que agenciam a prática sexual, está-se agindo com especial preconceito contra os homens e mulheres. Se um(a) prostituto(a) pode usar de seu próprio corpo, por que não pode se valer de um auxílio ou da união com outras pessoas para a prática do comércio sexual? Trata-se de uma forma equivocada de interpretar a dignidade da mulher, pois a dignidade está justamente na liberdade sexual, no reconhecimento da capacidade desta se portar conforme melhor lhe aprouver. Não há que se fazer analogia com exploração comercial, mulheres escravizadas, questões de propina.

Os tipos penais, frise-se, permanecem em vigor e devem ser aplicados não só quando houver violência ou grave ameaça, que nestes casos os qualificam, mas quando houver fraude, chantagem, constrangimento. Assim, portanto, passível de aplicação do *caput* dos dispositivos legais aqui discutidos.

Por esta razão é que se insistiu na manutenção do decreto absolutório, julgado naquele recurso, respeitadas as opiniões e votos em sentido contrário, evidentemente. Daí a proposta do voto valer-se de reprodução de artigo sobre o assunto, publicado em 06/08/2015, no jornal “O Globo”:

“Anúncio da política proposta pela Anistia Internacional em favor da descriminalização plena do trabalho sexual, às vésperas da Reunião Internacional do Conselho, está provocando uma série de reações e mobilizações em todo o mundo.

Entre aqueles que se manifestam a favor do documento, encontram-se as diversas associações de trabalhadoras e trabalhadores sexuais espalhadas pelo planeta e mais centenas de organizações governamentais e não governamentais voltadas para a promoção dos direitos humanos e da saúde. Entre estas, Global Network of Sex Work Projects (NSWP), Global Alliance Against Traffic in Women (GAATW), American Jewish World Service (AJWS), Open Society Foundations (OSF), a Davida e a Rede Brasileira de Prostitutas, no Brasil, além da Unaid, da Comissão Global sobre HIV e Lei da ONU e da própria Organização Mundial da Saúde, que, em julho de 2014, publicou as "Diretrizes consolidadas sobre prevenção, diagnóstico, tratamento e cuidados em HIV para as populações-chave", propondo aos países membros da ONU a descriminalização do trabalho sexual como caminho para a promoção dos direitos humanos e da saúde. Se todas essas vozes articulam-se na arena internacional a partir de uma lógica do reconhecimento dos principais agentes interessados nessa política - ou seja, pessoas adultas que compram e vendem serviços sexuais consensualmente -, outras tantas entram em cena encarnadas na pele de "empreendedores Criminalização das relações de trabalho nesse universo laboral põe milhares de homens e mulheres à margem dos direitos garantidos a todo trabalhador morais", que, ao contrário, agem a partir de uma lógica da justificação (acionada face a um desacordo) contra as razões de trabalhadoras e trabalhadores sexuais de todo o mundo em defesa de seus próprios direitos. Nesse campo, e em particular a partir do anúncio da proposta política da Anistia Internacional, encontram-se associações que configuram uma verdadeira indústria do resgate, com elas, estrelas de Hollywood (em número muito maior do que o de astros), sempre prontas a assumir qualquer causa dita humanitária. Esse marketing social, no mais das vezes irresponsável, ao contrário do que possa

parecer, baseia-se numa eloquente ignorância de realidades críticas e violentas provocadas pela ausência de leis protetivas, excesso de leis punitivas e pelo perverso não-reconhecimento das vozes organizadas em todo o mundo, individual e institucionalmente, contra os prejuízos da discriminação e da criminalização dos comportamentos sexuais.

Vale lembrar que a prostituição no Brasil é permitida aos maiores de 18 anos, mas os problemas causados pela criminalização das relações de trabalho nesse universo laboral colocam milhares de homens e mulheres à margem dos direitos garantidos a todo e qualquer trabalhador e expostos aos maiores arbítrios cometidos por agentes públicos e privados. Por isso, defender a postura corajosa da Anistia Internacional em um cenário que parece começar a espetacularizar a vida de pessoas da "vida real" torna-se urgente”.

Manter casa de prostituição ou estabelecimento comercial adequado à prática sexual não lesiona a dignidade da pessoa humana, princípio consagrado em nosso ordenamento jurídico. O profissional do sexo, em especial o seu agenciador, não produz riqueza material, necessária à sobrevivência e inserida no modo de produção, tal qual o define o sistema capitalista, mas produz prazer, indispensável e essencial à condição humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AULETE, C. **Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Ed. Nova Fronteira, 2004. AURÉLIO. **Dicionário da língua portuguesa**. 6a ed. Ed. Positiva, 2004.
2. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
3. CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Código Penal de 1940**. In: Revista de Informação Legislativa. Biblioteca do Senado Federal. Brasília; out./dez. de 1969.
4. GRECO, Luís. **Casa de Prostituição (art. 229 do CP) e Direito Penal Liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 19, n. 92, set./out. 2011
5. MORAIS, Renato Watanabe. **Quando o problema não é a Prostituição**. In: *Boletim IBCCRIM*; vol. 18; nº 222; Maio de 2011.
6. NUCCI, Guilherme. **Crimes Contra a Dignidade Sexual. Comentários à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
7. VIANNA, Túlio Lima. **O Brasil deve abolir esse crime sem vítima, motivado somente por valorações moralistas e religiosas que recriminam o comércio do sexo entre pessoas adultas e capazes. Um resquício de Nosso Código Penal Autoritário que precisa ser superado**. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal nº 82, v 14 2013.
8. Autos de Apelação Criminal nº. 0432501-56.2008.8.19.0001. 2ª Câmara Criminal. TJRJ
9. Autos de Apelação Criminal nº. 0299903-94.2015.8.19.0001. Des. Suimei Meira Cavalieri. 3ª Câmara Criminal. TJRJ;
10. Autos de Apelação Criminal nº. 0004504-19.2014.8.19.0078. Rel. Des. Márcia Perrini Bodart. 4ª Câmara Criminal. TJRJ;
11. Autos de Apelação Criminal nº. 0001020-64.2011.8.19.0057. 6ª Câmara Criminal. TJRJ
12. Autos de Apelação Criminal nº. 0002825-74.2012.8.19.0006. Des. Adriana Lopes Moutinho Daut D'Oliveira. 8ª Câmara Criminal. TJRJ
13. Jornal “O Globo”, edição de 06/08/2015.

A opção de comparecimento das partes em audiências de conciliações e mediações em ações de família

Leise Espírito Santo¹
Camila Casali²

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015³ (CPC/2015) instituiu a obrigatoriedade do comparecimento das partes nas audiências de conciliação e mediação, com o fim de fomentar a política judiciária nacional de solução consensual de conflitos das famílias brasileiras.

O art. 695 do CPC está localizado no capítulo X do CPC/2015, que trata do procedimento especial das ações de família. Este dispositivo diz que ao receber a “petição inicial e, *se for o caso*, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694”⁴.

A partir de uma interpretação literal do enunciado do art. 695 dessume-se que legislador infraconstitucional, ao tratar das ações de família, não deu opção às partes

¹ Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Juíza titular da 5ª Vara de Família do Fórum Central da Comarca da Capital do Estado Rio de Janeiro. Juíza Eleitoral da Ilha do Governador. Coordenadora da Central de Mandados das Varas de Família, Infância e Juventude do Fórum Central (TJRJ).

² Advogada. Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL)

³ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil (CPC) 2015. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁴ Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

litigantes de não comparecerem a tais audiências. Em outros termos: as partes litigantes em demandas familiares são obrigadas a comparecer a tais audiências.

O presente estudo trata da interpretação constitucional do art. 695 do CPC. De partida, adverte-se que a compreensão da questão não se logra pela interpretação textual da lei ordinária. A norma-regra, que impõe a obrigatoriedade do comparecimento às audiências, aboliu a *autonomia da vontade*, núcleo essencial do direito de liberdade, fundamentado no *caput* do art. 5º da CRFB/88.

O Estado-legislador e o Estado-Juiz estão vinculados ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, não possuem qualquer margem de liberdade nessa seara. O legislador ordinário é obrigado respeitá-lo no processo de feitura da lei, tal como o juiz brasileiro é obrigado a afastar qualquer lei infraconstitucional que os excluam, por mais bem-intencionada que seja a intenção do legislador.

Nessa ordem de ideias, o presente estudo tem como objeto demonstrar que a regra da obrigatoriedade da participação das partes em audiências de mediação ou conciliação em ações de família, é norma eivada de vício de inconstitucionalidade.

Objetiva-se portanto, advertir que o art. 1º do CPC⁵ deve ser cumprido, na medida em que determina que as normas da novel legislação processual devem ser interpretadas conforme a CRFB/88. Assim, o intérprete deve excluir a compulsoriedade prevista na regra do art. 695 do CPC

O estudo está dividido em duas partes. A primeira parte dedicada à fase contextual e a segunda parte à fase argumentativa.

Na parte contextual far-se-á um breve histórico da legislação brasileira sobre solução consensual de conflitos. A seguir, serão abordadas em linhas gerais as técnicas de mediação e conciliação, assim como os procedimentos das ações familiares.

⁵ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. Neste ponto, deve-se esclarecer que valores não são categorias normativas objeto de interpretação de interpretação da CRB/88. Os poderes constituídos estão vinculados as tarefas determinadas pela Carta de 1988 não podendo, por consequência, transformá-las em valores ponderáveis. O extenso catálogo de direitos e garantias individuais do seu art. 5º é “fisiologicamente, um adversário do sistema de ponderação”, como ensina ALEXANDRINO (2006b, p. 477) nota de rodapé 2045.

A partir do item 5, se argumentará (argumentar-se-á)? sobre direitos fundamentais, autonomia de vontade, para ao final se chegar a interpretação constitucional da regra do art. 695 do CPC.

2. BREVE HISTÓRICO

A solução consensual de litígios no Brasil remonta a Constituição de 1824, com a criação da Justiça de Paz. Em 1827, esta Justiça foi instituída, de modo que em cada freguesia ou paróquia tivesse presente um juiz de paz apto a conciliar os conflitos da comunidade.

As Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 (EC/69) mantiveram a Justiça de Paz. Em 1982, surgiram os Juizados Cíveis que ficaram conhecidos como Juizados de Pequenas Causas que buscavam a composição amigável em demandas de diminuta complexidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) em seu art. 98, I, criou nos âmbitos federal e estadual os juizados para a conciliação de causas cíveis de menor complexidade⁶. Os Juizados são um marco da política judiciária de solução amigável dos litígios.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2006, criou o movimento “Conciliar é Legal”⁷ com o objetivo de divulgar esta modalidade de resolução de conflitos.

Em 2009, o CNJ⁸, em Resolução/CNJ n° 70 formalizou inicialmente a estrutura da política para solução de conflitos consensual por meio das técnicas de mediação e de conciliação.

A lei n° 13.140/2015 (lei de mediação) explicitou o procedimento da mediação, mas deu tratamento superficial a técnica de conciliação.

A lei da mediação, como se verá no próximo ponto, estabelece regras que ora coincidem e ora conflitam com as regras do CPC/2015, a exemplo da *obrigatoriedade*

⁶ Que veio a ser regulamentado pelas leis 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais) e 10.259/01 (Juizados Especiais Federais).

⁷ O CNJ continua promovendo o movimento “Conciliar é Legal” por meio de divulgação e premiação de práticas que fomentam a cultura da pacificação social no país.

⁸ Resolução/CNJ n° 70, de 18 de março de 2009.

da participação das partes na conciliação ou na mediação nas ações de família, objeto do presente estudo.

3. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

No Código de Processo Civil de 2015 e na Lei de Mediação⁹, a realização de sessões para a tentativa de autocomposição ocupa lugar de grande destaque, precedendo, inclusive, o oferecimento de defesa pelo réu¹⁰.

A tendência atual é que os processos disponham de tentativas de solução consensual. Caso esta não seja obtida, deverá haver a atuação segundo o modelo contencioso de adjudicação pelo juiz¹¹.

A audiência de conciliação ou de mediação entre as partes, pode ser adotada a qualquer tempo do processo, sendo incumbência do magistrado incentivá-la¹².

Segundo o CPC/2015, não é o juiz que conduz a audiência em busca da autocomposição. Ela, obrigatoriamente, deve ser conduzida por um *terceiro facilitador auxiliar do juízo* — salvo se não houver conciliador ou mediador disponível¹³.

Neste ponto, ensina Vicente Grego Filho que, se o juiz presidir a conciliação deixará de ser uma figura imparcial. É certo que o mesmo deve incentivar que as partes cheguem a um acordo antes do início da instrução, mas não deverá influenciar as partes com “prognósticos de resultados favoráveis ou desfavoráveis, sob pena de comprometer sua imparcialidade no julgamento futuro se a conciliação não tiver sucesso”¹⁴.

⁹ Lei. 13.140/2015, art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

¹⁰ Nos termos do art. 334, “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.”

¹¹ SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inadaptabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao processo José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 787.

¹² Nos termos do art. 125, IV do CPC/73, “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. No CPC/2015 consta no art. 139, V: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

¹³ CPC/2015, art. 334, §1º: “O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária”.

¹⁴ GREGO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2. 22, ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 281.

O CPC/2015 não faz qualquer exigência quanto à qualificação profissional do mediador ou conciliador judicial, exigindo apenas a capacitação mínima por curso realizado por entidade credenciada que o habilite a se inscrever em cadastro nacional e cadastro do Tribunal em que o mediador ou conciliador pretende atuar¹⁵.

Já a lei de mediação prevê que o mediador judicial seja pessoa capaz, detentor de graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecido pelo Ministério da Educação, ter sido capacitado em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelos tribunais, além de outros requisitos estabelecidos pelo CNJ¹⁶.

No parágrafo único do art. 1º da Lei n. 13.140/2015, a mediação constitui-se como técnica a ser exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, escolhido ou aceito pelas partes, sendo sua tarefa auxiliá-las a identificar ou desenvolver soluções consensuais ao conflito.

Na conciliação, terceiro imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar as partes a celebrar um acordo e, se necessário, propor solução alternativa para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto.

WATANABE (2003, p.58) ao abordar a distinção das técnicas, ensina que na mediação o terceiro imparcial “procura criar as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução”, não intervindo no sentido de adiantar alguma proposta de solução; na conciliação, o terceiro interfere um pouco mais ao tentar apaziguar partes, podendo “sugerir algumas soluções para o conflito”¹⁷.

¹⁵ CPC/2015, art. 167: “Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal”.

¹⁶ Lei n. 13.140/2015, art. 11: “Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça”.

¹⁷ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José *et al.* (coord). *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários - CJF, 2003, p. 58

Vê-se, portanto, que mediação e conciliação são técnicas diversas. Na mediação, diversamente da conciliação, o acordo não é essencial, pois seu objeto é promover a facilitação do diálogo, de modo que as partes conduzam suas relações de forma consensual.

Em consonância com o CPC, a lei da mediação informa expressamente que a mediação tem como princípios: a imparcialidade, a autonomia da vontade das partes, a confidencialidade e a informalidade. A lei da mediação também prevê expressamente os princípios da isonomia entre as partes, oralidade, busca do consenso e boa-fé. Os princípios previstos nestas fontes legais devem ser observados nas audiências de mediação e conciliação, por serem estruturantes de ambas as técnicas.

No tocante a obrigatoriedade da presença na audiência de mediação, a falta de simetria entre as leis é relevante. A lei da mediação diz *que quando existir cláusula contratual de mediação as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação, mas ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação*. Já o CPC/2015 prevê como regra *do procedimento comum, a opção de participação em conciliação ou mediação*.

Assim, identifica-se um conflito parcial entre a lei geral (CPC) e lei especial (lei de mediação), sendo certo que o CPC entrou em vigor em dezembro de 2015 e a lei de mediação em março de 2016.

Se aplicado o parágrafo 2º, do art. 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a opção pela mediação do CPC estaria revogada pela lei de mediação (posterior e especial), já que esta última obriga as partes a comparecerem à primeira reunião de mediação. A regra que contempla a opção de comparecimento ou não (§§ 4º e 5º do 334) não foi reproduzida pela lei de mediação.

Assim, percebe-se que tal incompatibilidade diferencia as técnicas de conciliação e a mediação, no tocante a obrigatoriedade da presença das partes, objeto do estudo.

4. OS PROCEDIMENTOS DAS AÇÕES DE FAMÍLIA NO CPC/2015

As famílias, nos dias de hoje, possuem estruturação variada. Não há na legislação brasileira um conceito sobre família. No art. 226 da CRFB/88, o legislador constituinte não disse como ela é constituída. Entretanto, conferiu a essa entidade uma proteção especial do Estado, deixando incontestado que ela é a base da sociedade.

Já Maria Berenice Dias, assim aborda o tema:

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua formação.

Assim, a família advém de núcleos diversos, por meio de laços sanguíneos ou de laços afetivos. Desses laços emergem uma plêiade de normas-regras ou normas- princípios dispendo sobre os direitos e deveres pessoais e patrimoniais dos integrantes do núcleo familiar. Quando essas normas se relacionam com direitos da personalidade, tais como filiação, nome e sexo, passam a ter força cogente e são de “ordem pública”, ou seja, se opõe a qualquer disposição que venham lesioná-las. As normas de “ordem pública” não podem ser afastadas por vontade das partes¹⁸.

O direito familiar brasileiro, que é um ramo do direito privado, está ancorado nos princípios da pluralidade e da afetividade que regem a “família constitucionalizada”. A CFRB/88 assumiu a função instrumental de lei fundamental da família, posição esta

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito Das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

¹⁹ As regras de ordem pública existem no Direito Público, bem como no Direito Privado. Temos como exemplos no Direito Privado os impedimentos no casamento e as regras de incapacidade. Assim, e sabendo que o conceito de ordem pública é mais amplo do que o de Direito Público, temos algumas conclusões: a) Toda regra de Direito Público é também uma regra de ordem pública; e b) Nem toda regra de ordem pública é de Direito Público, a exemplo do direito de família. In <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1920760/o-que-se-entende-por-regra-de-ordem-publicadenisecristina-mantovani-cera>.

²⁰ CASALI, Andréa. (2015, p.30).

²¹ Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

antes afeta a legislação civil. Sob a regência do postulado da dignidade da pessoa humana, os citados princípios (e muitos outros) vêm sendo orquestrados pelo Poder Judiciário para a resolução de demandas familiares²⁰.

A família brasileira hoje possui uma normatização pulverizada e é caracterizada, segundo as interpretações judiciais, como uma entidade plural e afetiva. Com isso, as demandas decorrentes de conflitos familiares não podem ser elencadas taxativamente.

O art. 694 e seguintes do CPC/2015 cita as seguintes ações: divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável; de guarda, visitação e de filiação. Trata-se de elenco exemplificativo, diante de inúmeras outras ações regidas pelo procedimento especial do CPC/2015, a exemplo das ações patrimoniais decorrentes da extinção do casamento ou de união estável, alimentos entre ex-cônjuges ou ex-conviventes, modificação de regime de bens, indenizações por abandono afetivo etc.

As ações regidas por leis específicas, tais como: a lei especial de alimentos (Lei n. 5.478/1968) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) podem buscar regramento o procedimento especial do CPC, de forma subsidiária. É isso que prevê o art. 693, em seu parágrafo único. Outras ações familiares não especificadas no *caput* do art. 693 do CPC/2015 também obedecem ao procedimento especial dos arts. 693 e 699.

O art. 695 do CPC/2015 diz que uma vez “recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694²¹. Ressalta-se que o juiz ordenará que as partes compareçam à audiência, *se for o caso*.

Veja-se que não *será o caso* de designação de audiência de conciliação ou mediação, quando a demanda não admitir composição amigável pela sua própria natureza, a exemplo de um divórcio de índole potestativa; ou ainda quando uma das partes estiver sob medida protetiva do Juizado de Violência Doméstica; ou quando o réu estiver em lugar incerto e não sabido; dentre inúmeras outras hipóteses.

A despeito dos casos em que *não é necessária ou for inócua* a audiência, com o fim de obtenção de composição amigável, *não quis o legislador dar a opção* inculpada no inciso VII do art. 319, par. 5º e 6º do 334 e no inciso II do art 335, em que as partes

não estão obrigadas a comparecer à mediação e conciliação em ações do procedimento comum, devendo apenas informar previamente o Juízo.

Disso concluiu-se que o legislador impôs *a obrigatoriedade das audiências de conciliação e mediação somente em ações de família*.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A CRFB/88, no seu título II, traz um elenco de dispositivos sobre os direitos e garantias fundamentais. No capítulo I, deste título estão elencados os direitos à vida e à liberdade.

No *caput* do art. 5º encontra-se assegurado o direito geral da liberdade e nos seus incisos os direitos de liberdade em espécie.

A aplicação imediata e a petrificação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais funcionam como “trunfos” dos indivíduos em sua relação com o Estado, ou seja, são instrumentos de sua proteção contra ao arbítrio do Estado.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet e André Rufino do Vale¹⁹ comentam que:

O direito geral de liberdade funciona como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e a identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional [...] a positivação de um direito geral de liberdade tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico uma cláusula geral que permite derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas no texto constitucional. Com efeito, a liberdade como faculdade genérica de ação ou omissão, confere amplíssimo leque de possibilidade de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal que não pode ser apreendido através de liberdades específicas previstas nos textos normativos [...] Em síntese, o direito geral de liberdade assume relevância jurídico-constitucional, para efeitos de aplicação da vida, quando e na medida em que não esteja em causa o âmbito de uma proteção em espécie.

¹⁹ Citados por André Ramos Tavares. In: CANOTILHO, MENDES, SARLET & STRECK (2013, p. 218). BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. 3. ed. Rio de Janeiro: Edouard, 1997. pp. 49 e seguintes.

Assim, o direito geral de liberdade assume relevância jurídico-constitucional, para efeitos de aplicação da vida das pessoas. Neste ponto, deve-se esclarecer que as liberdades são positivas e negativas, segundo Bobbio²³.

A liberdade positiva consubstancia-se na ausência de impedimento, ou seja, trata-se da possibilidade de a pessoa fazer algo de que não está vedado por lei como uma conduta proibida. A pessoa pode fazer tudo o que não esteja proibido ou vedado por lei.

De outro lado, existe a liberdade negativa, que reside na possibilidade de não fazer, ou seja, se não há proibição de ser fazer algo por ausência de lei é permitido à pessoa um não-fazer.

O inciso II, do art. 5º, da CRFB/88, trata da liberdade negativa. Ela diz que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"²⁰. Se não há impedimento legal, o “não fazer” é conduta omissiva autorizada.

Os direitos dotados de fundamentalidade possuem a função de proteger as liberdades das pessoas em sua relação com o Estado, de modo que este as respeitem.

A fundamentalidade de um direito traduz-se na vedação de ingerência do Estado na seara pessoal do ser humano. O Estado deve dar proteção, assegurar e fomentar os direitos fundamentais que compõem o núcleo essencial do ser humano.

In casu, a norma do inciso II, do art. 5º, da CRFB/88 possui dois sentidos. No primeiro, ninguém será obrigado a comparecer em uma audiência se não houver uma lei que o obrigue. Do outro sentido, o legislador não poderá criar uma lei em desconformidade com a CRFB/88, que suprima por completo a autonomia de vontades, impondo o comparecimento obrigatório das partes em audiências de conciliação e mediação.

Nesse passo, percebe-se que a vinculação negativa do poder legislativo em relação à autonomia da vontade das pessoas, como um direito fundamental das

²⁰ Segundo Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale (CRFB/88 comentada, p. 245) “o primeiro significado do termo lei diz respeito a própria Constituição. É certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade estatal. Esses comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontológica determinada estabelece uma estrita vinculação aos poderes públicos (...) No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de “livre deliberação” (*freie Ermessen*) aos Poderes do Estado”.

²⁵ ALEXANDRINO (2011, p. 23).

liberdades, reside não somente na proibição, mas também numa ação correlata a vinculação positiva do Estado em legislar, com observância do seu dever de proteger as liberdades.

Sobre liberdades ensina José Melo Alexandrino²⁵ que três ideias devem ser retidas:

- 1) os direitos fundamentais visam a proteger poderes esferas de liberdades das pessoas;
- 2) os direitos fundamentais protegem as pessoas, antes de mais nada, na sua relação com o Estado (ou os poderes públicos em geral);
- 3) normalmente, essa proteção traduz-se no impedimento de ingerência do Estado, não estando, todavia, excluído que essa proteção se possa também traduzir noutra tipo de vínculo (designadamente em deveres de proteção e na configuração da própria ordem jurídica).

Os direitos fundamentais não são cartas-brancas para o legislador infraconstitucional vedar, como quiser, os direitos à vida e às liberdades. Desse modo, a autonomia de vontade, como núcleo essencial dos direitos de liberdade não pode ser suprimida pelo legislador infraconstitucional.

O legislador constituinte deixou para o legislador infraconstitucional regulamentar ou conformar normas de direitos fundamentais, particularmente às de direitos de liberdades.

A autorização de reserva de lei regulamentadora, em matéria de direitos fundamentais possuem dogmática diferenciada. Os direitos fundamentais não restringidos na própria Constituição, podem sofrer restrições pelo legislador ordinário, mas não está ao seu alvedrio abolir tais direitos.

Quando uma lei infraconstitucional invade o núcleo essencial de um direito fundamental, em especial os de liberdades, o Estado-Juiz deve afastá-la visto que lhe cabe controlar a constitucionalidade das leis. O Poder Judiciário não pode ignorar seu

dever de controle, uma vez que está igualmente vinculado, positiva e negativamente, aos direitos fundamentais.

6. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DA OBRIGATORIEDADE

As posições doutrinárias sobre o tema são divergentes²¹. Para uns, a regra da obrigatoriedade de comparecimento obrigatório em audiências que versam sobre demandas familiares seria inconstitucional, por lesão ao livre acesso ao Poder Judiciário. Para outros, a obrigatoriedade seria apenas uma fase do processo em que as partes seriam cientificadas sobre a possibilidades delas mesmas solucionarem seus conflitos.

Segundo TARTUCE (2016, p.3) existem duas posições que se levantam em torno dessa questão: a obrigatoriedade e a não obrigatoriedade.

A primeira defende ser obrigatório o comparecimento das partes a audiência.

Segundo os filiados desta corrente, o maior objetivo do legislador foi tornar a mediação familiar o principal meio de resolução de disputas nessa seara, distanciando a interferência estatal direta (representada pelo julgamento do caso). É na crença de que seria adequada a intervenção de um terceiro estranho ao núcleo familiar para a solução do conflito, que consiste na opção de tornar obrigatória a mediação para as ações de direito de família.

Os defensores da obrigatoriedade entendem que o legislador ordinário optou pela primazia mediação na resolução de conflitos de família. Isto porque, para eles, a novel lei processual propõe um modelo multiportas de resolução de disputas, no qual cada caso deve ser encaminhado para a técnica mais apropriado para sua solução. Apenas casos excepcionais devem ser efetivamente julgados, uma vez que o CPC/2015 almeja que as próprias partes solucionem o conflito por si mesmas.

É por esta razão que defendem que a principal característica do procedimento especial para as ações de família consiste no fato de ser obrigatória a audiência de mediação, que não poderia ser dispensada por convenção das partes e nem pelo juiz.

²¹ TARTUCE, Fernanda (2017).

Por fim, em razão do exposto, para os defensores dessa corrente, a ausência injustificada de qualquer das partes na audiência de mediação deve ser sancionada pela aplicação da multa do parágrafo 8º do art. 334 do CPC/2015. É que, não havendo disposição em sentido contrário, as regras gerais previstas para o procedimento comum aplicam-se, subsidiariamente, aos procedimentos especiais (art. 318, parágrafo único, CPC/2015). O art. 334, neste sentido, contém regras gerais que se aplicam às audiências de mediação ou de conciliação que sejam previstas em procedimentos especiais, como esse das ações de família.

Nesse sentido, segundo SALLES (2006, p.782-783), eventual norma não ensejaria tal violação, visto que se trataria apenas de mais um requisito, entre outros, a ser exigido junto às partes.

Portanto, aos defensores da obrigatória audiência de mediação nas ações de família, esta imposição implicaria que a determinação da audiência não seja discricionabilidade do juiz e nem possa ser afastada por acordo das partes.

A segunda corrente, defende, no entanto, a não obrigatoriedade de comparecimento a audiência de mediação e conciliação. TARTUCE (2016) explica:

o princípio da voluntariedade deve ser respeitado inclusive nas audiências de mediação em ações de família, nos exatos termos do art. 2º, parágrafo 2º, da Lei 13.140/16. Por isso, para os defensores dessa corrente, ninguém pode ser obrigado nem a comparecer à audiência e nem a mediar se assim não quiser e, por consequência, não há que se falar na aplicação de multa pelo não comparecimento das partes (inclusive, porque prevista apenas às audiências realizadas no procedimento comum, sob a égide do art. 334, NCPC).

Os conflitos de direito de família envolvem questões de natureza emocional. Portanto, a imposição de sanção à parte em caso de não comparecimento às audiências do art. 695 do CPC pode tornar o ânimo das partes ainda mais hostil e, conseqüentemente, dificultar a autocomposição buscada pela lei.

TARTUCE (2015, p. 301) aponta para a questão da multa prevista pelo art. 334, § 8º do CPC/15: A parte fica compelida a comparecer a uma audiência para tentar a autocomposição por coerção da sanção pecuniária, em vez de comparecer pela sua própria predisposição em firmar acordo, ou ao mesmo dialogar e melhorar sua

comunicação com a parte contrária. Além disso, a parte comparece apenas no intuito de evitar a multa, o que garante que a realização apenas de uma etapa formal do processo, que demanda recursos materiais e humanos

O presente estudo esclarece que a obrigatoriedade não deve ser compreendida em face de leis infraconstitucionais. A lei de mediação e o CPC/15 devem ser interpretadas conforme a CRFB/88. A sistemática constitucional dos direitos fundamentais veda qualquer tipo de interferência estatal nas liberdades individuais.

O Estado pode fomentar a cultura da autocomposição, em conformidade com o seu dever de proteger os direitos fundamentais que compõem o núcleo essencial do ser humano.

A autonomia como núcleo duro das liberdades individuais não está submetida ao escrutínio do legislador infraconstitucional. Não lhe cabe decidir sobre este tema. A vinculação, anteriormente mencionada, veda a imposição legal de obrigatória presença ou participação das partes em audiências.

7. AUTONOMIA DA VONTADE

Inicialmente, deve-se esclarecer que a autonomia da vontade é um elemento essencial – núcleo - da proteção à liberdade tutelada pela CRFB/88. Seu âmbito normativo está circunscrito às escolhas individuais na esfera das relações privadas em que o Estado não tem ingerência.

Não cabe ao Estado, à sociedade ou quem quer que seja decidir os destinos e as opções individuais. Como as pessoas devem pensar, em que devem crer, como devem conduzir suas vidas são decisões individuais. A autonomia da vontade, também entendida como autodeterminação, é um valor essencial do ser humano.

A Resolução 125/2010 do CNJ reconhece ser a autonomia da vontade o dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou no final do processo, podendo interrompê-lo a qualquer momento²².

²² Anexo III, art. 2º, II.

A questão da obrigatoriedade da mediação está relacionada com a compreensão de que autonomia da vontade se impõe em qualquer situação. Em se tratando da natureza do direito fundamental em questão, a tentativa de autocomposição deve ser fomentada, mas em respeito a vontade das partes desejarem ou não participar de audiências de conciliação ou mediação.

O direito familiar deve ser interpretado e compreendido como uma ciência. Não há margens para “decisionismos” e “achismos”. As duas correntes sobre a obrigatoriedade, acima apresentadas, não enfrentam a natureza e a grandeza do direito fundamental de autodeterminação das pessoas.

O direito em questão está fundamentado e não pode ser abolido nem por Emenda Constitucional (art. 60 par. 4º da CRFB/88)

Ao conceber a pessoa como protagonista de suas decisões e responsável por seu próprio destino, as técnicas de autocomposição estão alinhadas a dignidade humana, princípio reitor das políticas estatais.

A normatização das liberdades, indispensável para a convivência em comunidade, exige respeito a núcleo mais íntimo das liberdades individuais, sendo sua supressão vedada, como já ressaltado.

Sobre tal questão houve manifestação do Supremo Tribunal Federal do Brasil em pelo menos uma relevante oportunidade. A Medida Provisória n. 1.053, de 30.06.1995, previu entre outras providências, a necessária prévia submissão de demandas trabalhistas a um mediador (art. 11)²³.

Pela presença do vocábulo “obrigatoriamente”, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade²⁴ pedindo que tal dispositivo fosse declarado inconstitucional.

²³ Art. 11. “Frustrada a negociação direta, as partes deverão, obrigatoriamente, antes do ajuizamento do dissídio coletivo, solicitar ao Ministério do Trabalho que designe mediador para o prosseguimento do processo de negociação coletiva. § 1º A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar da negociação direta poderá, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho a designação de mediador. § 2º A designação recairá em pessoa indicada de comum acordo pelas partes, ou, na falta de acordo, em mediador indicado na forma da regulamentação de que trata o § 5º deste artigo. § 3º O mediador designado terá prazo de até trinta dias para a conclusão do processo de negociação, salvo acordo expresso com as partes interessadas. § 4º Não alcançado o entendimento entre as partes, o mediador lavrará, no prazo de cinco dias, laudo conclusivo sobre as reivindicações de natureza econômica, que obrigatoriamente instruirá a representação para instauração da instância.”

²⁴ ADIn 1.309-2, do Distrito Federal.

O então Presidente do STF, Ministro Sepúlveda Pertence, deferiu o pedido, suspendendo o *caput* do art. 11 e seu § 4º, assim fundamentado:

[...]essa submissão compulsória das partes à interferência de um mediador do Ministério do Trabalho constitui um obstáculo anteposto ao exercício do Direito ao ajuizamento do dissídio coletivo, que a Constituição, no entanto, subordinou apenas à tentativa de negociação, para o qual, de resto, não ditou forma nem impôs a participação do Estado²⁵.

O legislador do CPC/2015 somente afastou a autonomia em demandas familiares, ao prever o obrigatório comparecimento das partes em audiências de conciliação e mediação. Todavia, em sua parte geral, disse que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da *autonomia da vontade*, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

O § 4º do art. 166 diz que *a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais*.

Pois bem, na medida que as partes *em ações de família* são *obrigadas* por lei a participarem dessas audiências, a autonomia de vontade restou extinta por decisão do legislador ordinário. Tal situação, além de se afigurar tecnicamente inconcebível, afronta a família constitucionalmente reconhecida como a base da sociedade.

8. A INCONSTITUCIONALIDADE DO OBRIGATÓRIO COMPARECIMENTO DAS PARTES NAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM AÇÕES DE FAMÍLIA

²⁵ Após essa decisão, expirou o prazo de trinta dias de vigência da medida provisória, que não foi reeditada nos exatos termos originais, mas modificada de acordo com o teor da decisão. Assim, não houve o julgamento do mérito da ADI por parte do Plenário do Tribunal em decorrência da perda do seu objeto. A demanda objetiva restou prejudicada, como reconhecido pelo relator Ministro Carlos Mário Velloso. In: COSTA, Orlando Texeira da. *A mediação e a arbitragem como solução dos conflitos trabalhistas*. Disponível em: <http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/artigos>.

A norma da obrigatoriedade da participação das partes em audiências de mediação ou conciliação em ações de família, é norma eivada de vício de inconstitucionalidade. Isso porque, diante do disposto no art. 1º do CPC²⁶, o operador do direito deve dar à lei interpretação conforme as normas constitucionais. Se o intérprete assim proceder, concluirá que a compulsoriedade prevista na regra do art. 695 do CPC está eivada de vício de inconstitucionalidade.

O princípio da autonomia de vontade é a base das técnicas de mediações e conciliações. As partes precisam ter liberdade para expressarem suas vontades, de modo que autocomposição seja útil e válida. Nesse passo, o comparecimento compulsório invade o núcleo essencial da liberdade das partes, que nem mesmo por EC pode se suprimido.

Cabe ao Estado-legislador dar proteção aos direitos que compõem o núcleo essencial do ser humano. Se não o fizer, o Estado-Juiz deve exercer o controle da lei, uma vez que está igualmente vinculado aos direitos fundamentais.

A política judiciária da autocomposição que fomentou por lei a compulsoriedade prevista na regra do art. 695 do CPC, a pretexto de atender o interesse público na pacificação de conflitos no âmbito das famílias, se figura viciada porque não tem autoridade para abolir a autodeterminação dos indivíduos tutelada pela CRFB/88.

O legislador infraconstitucional criou uma norma processual que afronta o núcleo mais essencial das liberdades, ao argumento de fomento da política de pacificação de conflitos familiares.

A atuação do Poder Legislativo funda-se em *pseudos interesses públicos*. O legislador infraconstitucional tratou de interesses como “princípio”. Todavia, não existe um direito fundamental de solução pacífica de conflitos.

Nessa seara, percebe-se uma *incompreensão sobre o que sejam interesses públicos, interesses particulares e direitos fundamentais*. O argumento do interesse público é manejado para justificar a supressão de autonomia de vontade em ações de família, como se a *vontade estivesse categorizada como um simples interesse privado*.

²⁶ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na CRFB/88 observando-se as disposições deste Código.

No artigo primeiro do CPC/2015, é dito que as normas codificadas devem ser interpretadas conforme a CRFB/88. Não há possibilidade técnica de supremacia do interesse público de implementação de política judicial sobre o direito fundamental da autonomia de vontade, *simplesmente porque interesse não é princípio*.

Admitir a supremacia de um interesse corresponde à admissão de que o interesse público sempre sobrepuja o interesse privado, ou até mesmo aos direitos fundamentais da CRFB/88. Os interesses não se confundem com os direitos, e, portanto, não podem colidir.

São categorias distintas.

Não é tecnicamente possível que interesses públicos possam colidir com os direitos fundamentais. Somente se houver interesses públicos representados por normas constitucionais que versem sobre direitos fundamentais será possível vislumbrar alguma colisão. A CRFB/88 em seu art. 5º não trata de interesses públicos ou privados, mas direitos e garantias.

Leciona SARMENTO²⁷ que o fato do interesse público não fazer parte da Constituição (como norma jurídica), não podendo ser ponderado com os direitos fundamentais, tem por consequência:

[...]uma razão adicional para a recusa à admissão de um princípio da supremacia do interesse público como critério de limitação dos direitos fundamentais. Como nem todo interesse público possui berço constitucional, não há como postular sua prevalência sobre tais direitos.

No mesmo sentido CLÈVE e FREIRE (2002) apontam o seguinte²⁸:

Os conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional ocorrem quando o exercício de direito fundamental ocasiona prejuízo a um bem protegido pela Constituição. Nesta hipótese não se trata de qualquer valor, interesse, exigência, imperativo da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Bens jurídicos relevantes são aqueles que a Constituição elegeu como dignos de especial reconhecimento e proteção.

²⁷ ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 188.

²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre.

É função do Estado dar proteção aos direitos fundamentais, nomeadamente os de liberdade, como no caso em estudo. O legislador ordinário não tem poder de manipular o conteúdo do princípio da autonomia de vontade. Neste sentido, assim assinala o professor Jorge Reis Novais, da FDUL:

[...]mesmo que o legislador democraticamente legitimado entenda firmemente que a comunidade [...] [se] beneficiaria com essas medidas políticas, mesmo quando a maioria da população as exige, o interesse individual garantido juridicamente por um direito fundamental prevalece²⁹.

Por melhor que seja a intenção do legislador, a adoção do modelo de solução de conflitos, por meio de comparecimento obrigatório, nos moldes do art. 695 do CPC/2015, não encontra respaldo CRFB/88, sendo, portanto, norma inconstitucional. Nesse passo, deve-se adotar a opção de comparecimento às audiências, segundo as normas previstas no procedimento comum³⁰.

Trata-se de interpretação que vai ao encontro a tutela ao núcleo essencial das liberdades consagradas no *caput* do 5º da CRFB/88.

9. CONCLUSÃO

O poder legiferante não pode excluir o núcleo de direitos fundamentais, a título de fomentar políticas de interesses públicos.

O caso da obrigatoriedade de participação das partes em audiências, que visa a composição amigável ou ainda a informação das partes quanto tal possibilidade de resolução de conflito se afigura uma intervenção inconstitucional pelo Estado legislador ao princípio da autonomia de vontades, que é o núcleo essencial do direito das liberdades e o pilar das técnicas de mediação e conciliação.

O legislador infraconstitucional disse no art. 695 do CPC que o juiz ordenará que as partes compareçam à audiência, *se for o caso*. Como visto, são inúmeros casos

²⁹ Reis S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, 202, p. 233.

³⁰ Procedimento regrado no inciso VII do art. 319, par. 5º e 6º do 334 e no inciso II do art. 335 do CPC.

em que se verifica que *não é o caso* de audiência com fim de autocomposição. A despeito disto, não quis o legislador dar às partes, nas ações de família, a opção insculpida no procedimento comum.

A imposição da participação das partes não pode lesar a autonomia de vontade, impondo-lhes a sanção de comparecer para firmar acordo, ou mesmo para dialogar e melhorar a comunicação, sob pena de comprometimento da livre manifestação de vontade e da obtenção de consensos reais.

O respeito aos direitos de liberdade não pode ser pretérito a pretexto de implementação de política pública de pacificação. É dever do Estado Juiz informar no mandado de citação e intimação da parte ré, que ela poderá comparecer, *se quiser*, à audiência de conciliação ou mediação, caso a parte autora já não tenha se manifestado contrariamente à audiência.

As partes deverão estar cientes sobre a observância das regras processuais, a exemplo do previsto no art. 334 do CPC, que versa sobre a multa pelo não comparecimento injustificado a audiência³¹.

O legislador não tem o poder de impor ao Judiciário o cumprimento de uma regra que obrigue as partes a participarem de audiências que visam autocomposição. Por isso, deve o juiz afastar a obrigatoriedade prevista no art. 695, dando a opção pela recusa de participação da audiência.

É dever do Estado-Juiz proteger a autonomia da vontade, no tocante a autodeterminação e a liberdade individual.

Além de todo o acima exposto, qualquer entendimento diverso *ao indeclinável respeito à vontade das partes no âmbito de um processo judicial* revela-se como lesão ao Estado Democrático de direito. Decisões que estabeleçam limitações à capacidade de tomada de decisão no âmbito do procedimento de solução consensual configuram-se como Juízos de Exceção.

³¹ Trecho do despacho inicial adotado pela 5ª Vara de Família do Fórum Central da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALEXANDRINO, José de Melo - Direitos Fundamentais, Introdução Geral. 2ª Edição. Editora Principia, Cascais, 2011.
2. BRASIL (1916) - Lei n.3.071 de 1/1/1916: Código Civil (revogada na íntegra pela Lei 10.046, de 2002). Distrito Federal.
3. BRASIL (1968) – Lei n 5.478, de 25/7/1968: dispõe sobre a ação de alimentos e dá outras providências. Distrito Federal.
4. BRASIL (1973) - Lei n.6.014, de 11/1/1973: institui o Código de Processo Civil. Distrito Federal.
5. BRASIL (1988) - Constituição da República Federativa do Brasil. Distrito Federal.
6. BRASIL (2015) - Lei n.13.105, de 16/03/2015: institui o Código de Processo Civil. Distrito Federal.
7. BRASIL (2017) – Conciliação e suas Técnicas. Escola de Administração Judiciária – PJJRJ.
8. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio Luiz (Coords); LEONCY, Leo Ferreira (Coord Executivo) - Comentários Constituição do Brasil. São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013.
9. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. 1988. Disponível em http://www.academia.edu/6522484/MAURO_CAPPELLETTI_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A. Ed. 1988 e reimpresso em 2002.
10. CASALI, Andréa. A interpretação judicial criativa, o ativismo e as mutações informais da Constituição no direito familiar brasileiro. in Mutações Constitucionais Org: MENDES, Gilmar, DE MORAIS, Blanco). Saraiva, 2015.
11. CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, 2002, p. 233. Disponível em:
12. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15706-15707-1-PB.pdf>
13. DIAS, Maria Berenice - *Manual de direito das famílias*. 9ª Edição. São Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
14. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio - *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.
15. FUX, Luiz - *Novo código de processo civil: temático*. 1ª Edição. São Paulo: Mackenzie, 2015.
16. GRECO, Rogério - *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Brasil: Impetus, 2003.
17. MAXIMILIANO, Carlos - *Hermenêutica e Aplicação do direito*. 20ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2011.
18. MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO; Paulo Gustavo Gonet - *Curso de Direito*
19. *Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo, Brasil: Saraiva, 2011
20. MORAIS, Carlos Blanco de - *Curso de Direito Constitucional, Tomo II. Volume 2. Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado social*. Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
21. REALE, Miguel - *Lições Preliminares de Direito*. 26º ed. Saraiva: São Paulo, 2002.
22. RODRIGUES, L. Barbosa, CARNEIRO, Alberto Soares - *Direitos Humanos: textos fundamentais*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011. ISBN 978-972-724-587-1.
23. SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de Controvérsias e acesso à justiça: a inadaptabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao processo José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006

24. SARLET, Ingo Wolfgang -*A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3a Edição. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado, 2003.
25. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
26. _____. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo a supremacia do interesse público*. Lumen Juris, 2005.
27. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.
28. _____. *A obrigatoriedade da audiência prevista no artigo 695 do CPC/15*. 2016. Disponível em http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2016/07/Texto_Ceapro_audiencia_695-Novo-CPC.pdf.
29. _____. *Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil*. 2017. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontadea%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>.
30. WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José *et al.* (coord).
31. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários - CJF, 2003

A intimação pessoal por meio eletrônico

João Luiz Ferraz de Oliveira Lima¹

Vez ou outra volta a debate a questão da necessidade de intimação pessoal da parte quando envolvido o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, diante do ônus de suportar diretamente a imposição de *astreintes* com potencialidade de gerarem multas elevadas a si.

Diz o artigo 513 do CPC:

“Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.

§ 1º O cumprimento da sentença que reconhece o dever de pagar quantia, provisório ou definitivo, far-se-á a requerimento do exequente.

§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:

I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;

II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV;

III - por meio eletrônico, quando, no caso do § 1º do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos

IV - por edital, quando, citado na forma do art. 256, tiver sido revel na fase de conhecimento.

¹ Juiz titular da 9ª Vara de Fazenda Pública; magistrado integrante do Centro de Estudos e Debates - CEDES

§ 3º Na hipótese do § 2º, incisos II e III, considera-se realizada a intimação quando o devedor houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no parágrafo único do art. 274.

§ 4º Se o requerimento a que alude o § 1º for formulado após 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença, a intimação será feita na pessoa do devedor, por meio de carta com aviso de recebimento encaminhada ao endereço constante dos autos, observado o disposto no parágrafo único do art. 274 e no § 3º deste artigo”.

A leitura do dispositivo permite extrair compreensão de que, em toda e qualquer forma de cumprimento de sentença – de obrigação de pagar, fazer, não fazer ou entregar coisa – basta, como regra, a intimação do devedor na pessoa de seu advogado (art. 513, § 2º, I, do CPC). Tal interpretação significaria a superação da Súmula nº 410 do STJ adotada na vigência do CPC/1973 e que dispõe:

A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Essa, porém, não foi a interpretação que lhe deu o Superior Tribunal de Justiça que, em julgado recente de sua Corte Especial, concluiu:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA DIÁRIA. NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO EXECUTADO. SÚMULA 410 DO STJ.

1. É necessária a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do STJ, cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

2. Embargos de divergência não providos”. (REsp 1360577/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/12/2018, DJe 07/03/2019).

Não se cuidará neste estudo, então, de querer contrapor a posição adotada pela Corte por seu mais elevado órgão julgador. O que se visa é ressaltar a possibilidade de já à luz da Lei nº 11.419/2006 e, atualmente, de acordo com o CPC/2015, em algumas situações, a intimação pessoal se dar de forma eletrônica por meio do portal próprio do Tribunal, o que cumpriria plenamente a exigência da tese fixada no paradigma (Tema nº 410 do STJ).

No ano de 2006 o legislador, atento às evoluções tecnológicas, deu um grande passo no sentido de viabilizar a implantação do processo judicial eletrônico, regulamentando-o. Nos pontos que interessam ao estudo, estabeleceu em seus artigos 2º, *caput* e 5º, *caput* e § 6º:

“Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais”.

Da leitura dos dispositivos transcritos é possível observar, primeiramente, um comando no sentido da obrigatoriedade de cadastramento perante o Poder Judiciário daquele que queira atuar no processo eletrônico (art. 2º, *caput*). E, apesar de se tratar de uma ordem voltada principalmente aos operadores do Direito – magistrados, promotores, defensores públicos e advogados públicos e privados – não se deve ignorar os poderes dados excepcionalmente à parte para atuar diretamente no processo: é o caso dos juizados especiais cíveis nas causas com valor da causa de até 20 salários-mínimos.

Logo, nessas hipóteses, em sendo o processo eletrônico, a parte que queira participar diretamente do processo, deve promover seu cadastramento.

Uma vez feito o cadastramento – obrigatório como refere a lei – as intimações feitas às pessoas cadastradas – operadores do Direito ou partes – podem ser feitas por meio eletrônico em portal próprio, dispensando outros meios de comunicação processual, incluindo a publicação em diário oficial, mesmo o eletrônico (art. 5º, *caput*). E, feita a intimação à parte, é válida **para todos os efeitos legais** (art. 5º, § 6º), incluindo a voltada ao cumprimento de obrigação de fazer e imposição de multa cominatória.

Com a vigência do CPC/2015 a questão ganhou ainda maior amplitude. Assim, no ponto que interessa, ditam os artigos 183, § 1º; 242, *caput* e § 3º; 246, §§ 1º e 2º; 269, § 3º; 270, *caput* e parágrafo único; 1.050 e 1.051 do CPC/2015:

“Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

Art. 242. A citação será pessoal, podendo, no entanto, ser feita na pessoa do representante legal ou do procurador do réu, do executado ou do interessado.

§ 3º A citação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial.

Art. 246. (...)

§ 1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta.

Art. 269. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo.

§ 3º A intimação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial.

Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.

Parágrafo único. Aplica-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública o disposto no § 1º do art. 246.

Art. 1.050. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas respectivas entidades da administração indireta, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da entrada em vigor deste Código, deverão se cadastrar perante a administração do tribunal no qual atuem para cumprimento do disposto nos arts. 246, § 2º, e 270, parágrafo único.

Art. 1.051. As empresas públicas e privadas devem cumprir o disposto no art. 246, § 1º, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de inscrição do ato constitutivo da pessoa jurídica, perante o juízo onde tenham sede ou filial.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às microempresas e às empresas de pequeno porte”.

As regras transcritas tratam especificamente de citações e intimações eletrônicas e a primeira nota que se toma é de que, também aqui, a norma, tal como a Lei nº 11.419/2006, é voltada apenas ao processo eletrônico. Assim, quando trata da obrigatoriedade de cadastramento de empresas e da Fazenda Pública perante os Tribunais para fins de citação, ressalta a aplicação da norma aos “autos eletrônicos” (art. 246, §§ 1º e 2º). Da mesma forma, quando diz que as intimações serão feitas, sempre que possível, por meio eletrônico, remete à regulamentação da lei: no caso a Lei nº

11.419/2006 que disciplina apenas o processo eletrônico, não estando o meio físico de processamento em seu escopo.

A novidade fica por conta da ampliação do alcance da regra de cadastramento obrigatório, cuja consequência é tornar possível a intimação pessoal, por meio eletrônico, de um maior número de partes do processo. Se a Lei nº 11.419/2006 alcançava apenas os operadores do Direito e poucas partes dotadas de capacidade postulatória, notadamente nos juizados especiais cíveis, já agora o CPC/2015 obriga todos os entes público, bem como empresas públicas e privadas, à exceção das micro e pequenas empresas, a se cadastrarem perante os Tribunais, inclusive fixando prazo a tanto (arts. 246, §§ 1º e 2º; 1.050 e 1.051).

E, sendo assim, com a significativa ampliação das partes do processo que passam a ser obrigadas ao cadastramento, aumenta-se em muito a possibilidade de se fazer por meio eletrônico a intimação pessoal que demande ser feita em nome próprio desses não operadores do Direito. Contribui-se, então, para a celeridade processual, sem descuidar do interesse do devedor que a jurisprudência quis resguardar quando envolvido o cumprimento de obrigação de fazer cujo descumprimento pode gerar dívidas de grande monta a si.

Aliás, a validade dessa forma de intimação pessoal da própria parte por meio eletrônico vem sendo ratificada pela jurisprudência, conforme se apura dos julgados que se seguem:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MONITÓRIA. SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NA FORMA DO ARTIGO 485, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA, VISANDO À ANULAÇÃO DA SENTENÇA. 1) É certo que o art.485, §1º, do CPC, exige a intimação pessoal da parte para dar andamento ao feito nas hipóteses de abandono, antes da prolação da sentença. 2) No presente caso, conforme se depreende da certidão de intimação eletrônica de fls. 231, o HSBC Bank foi corretamente intimado, pelo portal, a promover os atos e diligências necessários ao regular andamento do feito. No entanto, manteve-se inerte. 3) Ressalto que a intimação pelo portal eletrônico encontra previsão no art.246, §1º, do CPC, que dispõe: "Com

exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio". 4) Com efeito, a Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, ao tratar da comunicação dos atos processuais, prevê que as intimações realizadas eletronicamente serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais. 5) Logo, considerando que o HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo tem cadastro junto ao sistema do processo eletrônico do Tribunal de Justiça, com razão o d. Juízo a quo ao reconhecer a validade da intimação pessoal e extinguir o processo sem resolução de mérito, diante do abandono verificado. 6) Recurso conhecido e não provido." (TJRJ – 0435725-55.2015.8.19.0001 – APELAÇÃO CÍVEL – Des(a). WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO – Julgamento: 04/09/2019 – VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL).

“ABANDONO DA CAUSA. INTIMAÇÃO PESSOAL. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA QUE SE EQUIPARA À INTIMAÇÃO PESSOAL. BANCO DO BRASIL. 1. O art.485, §1º, do CPC, exige a intimação pessoal da parte previamente à extinção do feito com fundamento no abandono. 2. O apelante, devidamente cadastrado no sistema de processo em autos eletrônicos, foi adequadamente intimado por meio do portal. Art.246, §1º, do CPC. 3. Comunicação que se equipara à intimação pessoal, para todos os efeitos legais (art.5º, §6º, Lei 11.419/06). 4. Autor que abandonou o processo, deixando de praticar a diligência que lhe competia, embora regularmente intimado. Feito corretamente extinto sem resolução de mérito. 5. Desprovisionamento do recurso.” (TJRJ – 0034818-43.2018.8.19.0001 – APELAÇÃO CÍVEL – Des(a). RICARDO RODRIGUES CARDOZO – Julgamento: 02/07/2019 – DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL).

Feito esse registro, avanço no debate para analisar especificamente a situação da Fazenda Pública, notadamente quanto à validade da intimação feita na pessoa de seu procurador para fins de cumprimento de obrigação de fazer.

Já no CPC/1973 era autorizada a citação/intimação da parte na pessoa de seu procurador legalmente habilitado (art. 215, *caput*) – exatamente o caso dos advogados públicos a exercerem sua função por **mandato legal**.

Repetiu o CPC/2015 a regra do CPC/1973, deixando-a ainda mais evidente quando ressaltou expressamente o poder dos órgãos da advocacia pública responsáveis pela representação da Fazenda Pública para receberem a citação – ato eminentemente pessoal – da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 242, § 3º), repetindo a disposição no artigo 269, § 3º, do CPC, ao tratar da intimação desses entes.

Decorre daí que a intimação da Fazenda Pública é pessoal quando feita por meio do órgão da advocacia pública responsável por sua representação judicial e válida **para todos os efeitos legais** (art. 5º, § 6º, da Lei nº 11.419/2006), o que inclui a voltada ao cumprimento de obrigação de fazer e sujeição a *astreinte*.

Colocada a questão em tais termos, tem-se que:

a) no processo eletrônico, a intimação eletrônica pelo portal da parte cadastrada é pessoal e válida para todos os efeitos legais, inclusive para o cumprimento de obrigação de fazer e sujeição a multa cominatória;

e

b) sendo parte no processo eletrônico a Fazenda Pública, sua intimação pelo portal é pessoal e válida para todos os efeitos legais, inclusive para o cumprimento de obrigação de fazer e sujeição a multa cominatória, sendo realizada através do órgão de advocacia pública responsável por sua representação judicial.

30 Anos da Constituição

Sistema Tributário Nacional e a necessária reforma na tributação sobre o consumo¹

*Eduardo Maneira²
Daniel Serra Lima³*

Resumo: O Brasil é constituído por uma federação assimétrica, com muitas desigualdades regionais, faltando a coordenação da União para ações que promovam a isonomia entre todas as regiões. Essas desigualdades são a grande causa da Guerra Fiscal e afrontam a própria ideia de federação, que busca sempre a cooperação – e não a competitividade – entre os seus entes. A Guerra Fiscal jamais seria uma saída crível para Estados e Municípios, não fosse a opção do Constituinte de 1988 pela descentralização das rendas tributárias mediante atribuição de competência legislativa aos Estados e Municípios. Diante desse quadro desalentador e especialmente da crise econômica que assola o país, os debates sobre a necessidade de uma reforma tributária vêm sendo reavivados. A reforma ideal deveria reunir os tributos sobre o consumo – ICMS, IPI, ISS, bem como o PIS e a COFINS – em um único imposto – o IVA nacional. Esse novo imposto deveria seguir os moldes do atual ICMS, ou seja, um imposto verdadeiramente não-cumulativo sobre o consumo, adotando a sistemática do crédito financeiro. Simplificaria e daria maior eficiência ao sistema, poderia diminuir a carga tributária e praticamente eliminaria a guerra fiscal.

Palavras-chave: Sistema Tributário Nacional. Guerra Fiscal. Reforma Tributária. IVA.

Abstract: Brazil is constituted by an asymmetric federation, with regional inequalities, lacking the coordination of the Union for a promotion an equality between all the regions. These inequalities are a great cause of the Fiscal War, and the deterioration of the idea of federation, which always seeks cooperation – not competitiveness – between its entities. The Fiscal War is the only way the States and Municipalities can survive among this scenario, because the Constitution of 1988 decided to decentralize the rents charged through the legislative competence of States and Municipalities. In this context and considering specially the economic crisis in Brazil, debates about the importance of tax reform are to be renewed. An ideal tax reform should assemble the taxes on consumption – ICMS, IPI, ISS, as well as PIS and COFINS – in a single tax, the national VAT. This new tax should follow the general rules that shape currently the ICMS, that is a non-cumulative tax on consumption, but granting the systematic of the financial credit. This would simplify and grant more efficiency to the National Tax System and consequently reduce or eliminate the Tax War.

Keywords: National Tax System. Fiscal War. Tax reform. VAT.

¹ Publicado originariamente em: **Revista da Faculdade de Direito - RFD-UERJ n. 34 (2018)**.
<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/39459>

² Professor Associado de Direito Tributário da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Conselheiro da OAB/RJ. Advogado.

³ Mestre e Doutorando em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Em 05 de outubro de 2018, a nossa Constituição fez 30 anos. É um aniversário que merece comemoração! A Assembleia Nacional Constituinte eleita em 1986 e instalada no início de 1987 realizou um trabalho monumental pela democracia brasileira, possibilitando a transição do regime militar para um regime democrático. A partir da Constituição de 1988, o Brasil poderia novamente ser chamado de Estado Democrático de Direito.

O Sistema Tributário Nacional contemplado na Constituição de 1988 não representou uma mudança significativa em sua estrutura, se comparado à Emenda Constitucional nº 18/1965, à Constituição de 1967, à Emenda Constitucional nº 1/1969, bem como em relação ao Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966.

As mudanças mais significativas, infelizmente, foram no sentido de reforçar uma anomalia histórica do nosso sistema, que é a de atribuir aos Estados-membros o poder de tributar o consumo por intermédio do ICMS. Na Constituição anterior, os Estados tinham o ICM e, a partir da Constituição de 1988, passaram a ter o ICMS, que, além de todos os campos de incidência do antigo imposto, passou a alcançar os serviços de comunicação, transporte e os impostos especiais da União incidentes sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais.

Diga-se de passagem, perdeu-se uma grande oportunidade em 1965, quando se fez efetivamente um esforço de racionalização do sistema tributário que culminou na EC nº 18/65 e logo depois, no CTN, de passar para a União a tributação do consumo, concentrada em um único imposto. Mas mesmo o regime militar não teve força política para romper com a tradição em que os Estados-membros tributavam o comércio de mercadorias pelo Imposto sobre Vendas e Consignação – IVC, que se tornou ICM; a União, as mercadorias industrializadas (antigo imposto de consumo, atual IPI); e os municípios, os serviços (antigo imposto de indústrias e profissões), atual ISS.

Estruturado para atender à forma federativa de Estado, o nosso sistema trata de repartir as competências tributárias entre a União, Estados, Distrito Federal e

Municípios e de limitar o exercício dessas competências por meio dos princípios constitucionais tributários e das imunidades.

Apesar de os 30 anos da Constituição merecerem aplausos, certo é que todos dizem querer a reforma tributária. As Fazendas Públicas em geral, os contribuintes, pessoas jurídicas e físicas. Embora haja um consenso nacional em torno da necessidade de se reformar o sistema tributário, há um enorme conflito em torno das propostas. A União diz que quer a reforma, mas não abre mão de um centavo da sua arrecadação extraordinária; os Estados e Municípios a querem para arrecadar mais; os contribuintes, para pagar menos tributos.

Com essa disparidade de interesses, a discussão se arrasta no Congresso Nacional. Então de que reforma tributária estaríamos tratando e quais os pontos críticos do nosso sistema que merecem alteração? Além disso, qual é o arcabouço jurídico a ser observado no momento de realizar uma reforma tributária?

Quando se fala em reforma tributária, estamos falando, obviamente, da reforma do Sistema Tributário Nacional, na Constituição. Assim, o primeiro ponto a ser observado são os limites estabelecidos no art. 60, § 4º, da Constituição, ao Poder Constituinte Derivado.

Ou seja, a reforma tributária deve observar especialmente a forma federativa de Estado, a separação de poderes, o regime democrático e os direitos e garantias individuais. Desse modo, sabemos que devem ficar fora os princípios constitucionais tributários que são garantias do cidadão-contribuinte e, portanto, cláusulas pétreas, no entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 939 (BRASIL, 1994b). Além disso, qualquer mudança de competência tributária deve respeitar a forma federativa de Estado.

2. O FEDERALISMO NO BRASIL

Embora adotado por diversos países do mundo, ainda é tormentosa qualquer tentativa de apresentar uma definição universal de federalismo.

E, falando de federalismo, devemos reconhecer as nossas peculiaridades. De fato, por estar intrinsecamente relacionado com a formação do Estado-nação, o pacto

federativo é moldado por fatores políticos, sociais, econômicos e culturais de cada país (BURGESS, 2006, p. 01).

Nos EUA temos o exemplo do federalismo clássico, fruto de uma progressão histórica de um movimento de fora para dentro, em que as 13 colônias celebraram, em 1781, um contrato para a formação da Confederação de Estados; firmaram a Convenção da Filadélfia, em 1787; evoluindo para o que hoje são os Estados Unidos da América.

No Brasil, ao contrário do modelo clássico americano, o federalismo é um movimento de dentro para fora. Na monarquia, Constituição de 1824, éramos um Estado Unitário dividido em províncias com quase nenhuma autonomia. Na República, nos tornamos Estado federal por Decreto, confirmado na Constituição de 1891. Esse artificialismo na implementação do federalismo brasileiro é uma das razões históricas de termos uma concentração de poder e renda na União, em desfavor dos Estados.

O nosso federalismo tem ainda uma outra característica única, que é o fato de os municípios terem status de ente federado – ou *autonomia*, no dizer de CARVALHO (2009, p. 290) –, o que resulta em necessária atribuição de autonomia financeira para mais de 5.500 mil entes.

Apesar das peculiaridades de cada nação, é certo que a ideia de federalismo nos leva a pensar em pelo menos dois níveis de governo, com autoridade sobre o mesmo território e o mesmo povo, com garantia de uma certa autonomia para cada governo atuar em uma ou mais áreas. O federalismo pressupõe também a coexistência de ordens jurídicas parciais, que são os Estados-membros, e a ordem jurídica nacional, da qual emanam normas jurídicas válidas para todo o território nacional, tais como a lei complementar brasileira e a Constituição Federal (LEWANDOWSKI, 1994, p. 87).

O federalismo ressalta a subsidiariedade, valorizando a participação do cidadão na comunidade, promovendo a solidariedade e a colaboração entre diferentes. Além disso, o que o distingue, em especial, de um Estado Unitário, é a colaboração e a solidariedade entre os entes que compõem a federação na busca de um ideal comum de justiça.

Já o federalismo fiscal compreende a distribuição racional dos recursos entre os entes federados de forma proporcional às suas responsabilidades (CAMPOS, 2018).

Para alcançar a harmonia e coordenação das ordens políticas parciais, o federalismo fiscal deve almejar três objetivos fundamentais (BRAUN, 2010, p. 173):

- a) impedir comportamento predatório por parte do Poder Central;
- b) impedir o parasitismo dos entes subnacionais (geração de déficits locais), pela abstenção da busca por maior eficiência e desenvolvimento econômico ante a possibilidade de serem financiados pelo Poder Central;
- c) em complemento ao item anterior, abolir medidas que desincentivam o comportamento produtivo por parte dos entes subnacionais (geração de superávits locais).

No Brasil, podemos reconhecer que falhamos na busca dos dois primeiros objetivos acima. O Poder Central atua com verdadeira truculência contra os interesses de Estados e Municípios, exacerbando taxas e contribuições sobre a receita, em detrimento dos tributos partilháveis com os entes subnacionais – IR e IPI (SCAFF, 2005, pp. 21-23; ALVES, 2017, pp. 80, 94 e 96). Ademais, os Estados e Municípios têm déficit de representação no Congresso Nacional e no Senado Federal, pois os eleitos frequentemente fazem oposição aos chefes do Poder Executivo local, votando contra seus interesses.

Também não se pode afirmar que há uma política nacional consistente de manutenção da saúde fiscal dos Estados e municípios. A União vem renegociando continuamente as dívidas dos entes subnacionais, além de flexibilizar as regras estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal⁴, que representou um grande avanço. Além disso, a situação de insolvência tornou os Estados e Municípios se tornaram dependentes de investimentos com recursos do Poder Central, o que reduz a liberdade para exercer oposição política.

⁴ Cite-se a Lei Complementar 164 de 18.12.2018, que acrescenta os §§ 5º e 6º ao art. 23 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), para vedar a aplicação de sanções a Município que ultrapasse o limite para a despesa total com pessoal.

Estas falhas demonstram que somos uma federação assimétrica, com muitas desigualdades regionais, e uma federação cooperativa meio capenga, faltando a batuta da União para coordenar ações que promovam a isonomia entre todas as regiões. Essas desigualdades são a grande causa da Guerra Fiscal e afrontam a própria ideia de federação, que busca sempre a cooperação – e não a competitividade – entre os seus entes.

Contudo, é evidente que a Guerra Fiscal jamais seria uma saída crível para Estados e Municípios, não fosse a opção do Constituinte de 1988 pela descentralização das rendas tributárias mediante atribuição de competência legislativa aos Estados e Municípios.

3. A NECESSÁRIA REFORMA DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL

A opção mais equivocada da Assembleia a Constituinte de 1988 foi a repartição da tributação do consumo em três níveis de governo: a União (IPI e PIS/COFINS), os Estados (ICMS) e os Municípios (ISSQN). Esta tripla competência para se tributar o consumo sempre gerou problemas. Além disso, são 26 Estados e o Distrito Federal com competência para instituir o ICMS, e mais de 5.000 municípios para instituir o ISSQN, gerando ambiente propício para que os Estados e os municípios lutem entre si, para atrair o maior número de investimentos, por meio de concessão de benefícios fiscais.

Embora não sejam desconhecidos os nobres objetivos da rígida repartição de competências empreendida pelo Poder Constituinte – notadamente a proteção do contribuinte contra excessos arrecadatários que ocorreriam com a sobreposição de incidências (SCHOUERI, 2018, pp. 260-261), há que se destacar as consequências nefastas que o atual sistema de tributação do consumo em três níveis de governo causou: alto custo de conformidade para os contribuintes, cumulatividade dos tributos plurifásicos, alto grau de complexidade da legislação, enorme litigiosidade, além da guerra fiscal horizontal (seja no âmbito do ICMS ou ISS) que degrada as bases tributáveis dos entes subnacionais sem alcançar um maior desenvolvimento econômico.

Agravando a situação, a União exacerbou a arrecadação das contribuições (não partilháveis) em detrimento do IR e IPI (divididos com os Estados e Municípios).

Além disso, cabe registrar que os conceitos que definem a competência tributária (serviços mercadorias e produtos industrializados), elaborados para onerar uma economia industrial, vêm se mostrando insuficientes à tributação do consumo na economia digital. Por esses e outros motivos, o sistema tributário brasileiro é (com justiça) taxado de complexo (BARRETO, 2011, p. 529), caótico ou irracional (BORGES, 2009, p. 348).

Diante desse quadro desalentador e especialmente da crise econômica que assola o país, que sempre funcionam como molas propulsoras das mudanças institucionais em matéria de federalismo fiscal (ECCLESTON, 2017, pp. 19-27), os debates sobre a necessidade de uma reforma tributária vêm sendo reavivados.

De nossa parte, sempre defendemos que a reforma tributária deveria, assim, tratar especialmente dos impostos sobre o consumo (ICMS, IPI, ISSQN), das contribuições sociais e da repartição das receitas tributárias (MANEIRA, 2016, p. 66).

A reforma ideal deveria reunir os tributos sobre o consumo – ICMS, IPI, ISS, bem como o PIS e a COFINS – em um único imposto – o IVA nacional. Esse novo imposto deveria seguir os moldes do atual ICMS, ou seja, um imposto verdadeiramente não cumulativo sobre o consumo, adotando a sistemática do crédito financeiro. Simplificaria e daria maior eficiência ao sistema, poderia diminuir a carga tributária e praticamente eliminaria a guerra fiscal.

O fundamental é que pensemos a reforma tributária a partir da nossa estrutura de Estado federal. E há, aqui, alguns equívocos. O primeiro, em nossa opinião, é o de que geralmente se pensa na reforma tributária mirando a relação Estado-contribuinte, ou seja, nas questões ligadas à competência e às limitações ao poder de tributar, quando se deveria tratar primordialmente de outra questão: a repartição proporcional de receitas e responsabilidades dos Estados e Municípios (CAMPOS, 2018).

Ou seja, a reforma tributária, vista pela lente do Direito Financeiro, poderá contribuir, em muito para uma mudança que promova simplificação e segurança jurídica.

A discussão deve começar, portanto, pelo Direito Financeiro e depois chegar ao Direito Tributário. Deveria começar com a definição clara das responsabilidades, das obrigações e dos deveres de cada um dos entes federados. Evitar as sobreposições hoje existentes.

Por exemplo: o município está sobrecarregado com o ensino infantil, educação fundamental, sistema de saúde, com especial destaque para a rede de urgência e emergência, além da limpeza urbana, preservação dos espaços públicos, praças, etc. É importante que o município cuide disso tudo e que se deem condições financeiras para que ele arque com todas essas responsabilidades.

Isso não quer dizer que ele tenha que necessariamente ter competência para instituir e cobrar ISS. São coisas diferentes. O que precisa são de regras claras de repartição de receitas tributárias. Eventual concentração da competência legislativa/tributária no âmbito da União não significa, *a priori*, ofensa ao federalismo.

4. A REFORMA TRIBUTÁRIA E O ALEGADO RISCO AO PACTO FEDERATIVO

A despeito da necessidade evidente de unificação dos tributos sobre o consumo criando um IVA Nacional (que colocaria o sistema tributário brasileiro em linha com as principais economias do mundo), são conhecidas as resistências políticas à sua aprovação, especialmente pelos poderes subnacionais, que não desejam se ver privados da autonomia para definir a política tributária regional ou local (BORGES, 2009, p. 347).

Fazendo coro a estas insatisfações, vozes autorizadas na doutrina vêm se manifestando sobre a impossibilidade de se excluir dos Estados (o que seria extensível aos Municípios) a competência legislativa tributária, ainda que com a manutenção dos recursos financeiros, sob pena de violação ao pacto federativo (ÁVILA, 2018).

O debate não é novo, e tem sido respondido pela doutrina de duas formas: de um lado sustenta-se que a competência tributária é elemento indissociável da autonomia financeira dos entes subnacionais (DÓRIA, 1995, pp. 39-40; CARRAZZA, 2015, p. 169); de outro, argumenta-se que o pacto federativo pressupõe a autonomia financeira,

mas não a atribuição de competência tributária (GAMA, 2011, p. 208; SCHOUERI, 2018, p. 258).

O argumento contrário ao IVA nacional é justamente o de que o novo imposto afrontaria o princípio federativo, na medida em que estaria restringindo a competência legislativa em matéria tributária dos Estados e dos municípios.

Discordamos desse argumento, porque o importante é que os entes federados tenham *autonomia financeira*, e não necessariamente ampla *competência tributária*.

Com efeito, o art. 60, § 4º, inciso I, da CF/88 pretende vedar apenas alterações que modifiquem o núcleo essencial da forma federativa de estado, o que consistiria na subordinação financeira dos entes subnacionais ao Poder Central (OLIVEIRA, 2014, p. 78; BARROSO, 2010, p. 172-173). Assim, a supressão da competência legislativa tributária não seria atentatória ao pacto federativo, se mantida a titularidade das mesmas fontes de receitas.

A questão já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, tendo prevalecido o entendimento de que as emendas constitucionais não podem violar o *núcleo essencial* das matérias arroladas no art. 60, §4º, da CF/88. Não há, portanto, um “congelamento” das regras estruturantes do pacto federativo nos exatos termos de 1988, a impedir qualquer adaptação às novas realidades sociais, econômicas ou políticas.

A ADIN 939-DF foi ajuizada para questionar a criação do IPMF que, nos termos da Emenda Constitucional nº 03/1993, estaria excepcionado do princípio da anterioridade anual e da imunidade intergovernamental recíproca.⁵

⁵ “Art. 2.º A União poderá instituir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. § 1.º A alíquota do imposto de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

§ 2.º Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, b, e VI, nem o disposto no § 5.º do art. 153 da Constituição.

§ 3.º O produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada”.

⁵ “A Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõem o sistema federal. (...) No processo de indagação das razões políticas subjacentes à previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, cabe destacar, precisamente, a preocupação do legislador constituinte de inibir, pela repulsa à submissão fiscal de uma entidade federada a outra, qualquer tentativa que, concretizada, possa, em última análise, inviabilizar

No julgamento, o Min. Relator Sydney Sanches reiterou os argumentos declinados no deferimento da medida cautelar na ADIN 926-DF (BRASIL, 1994a), ajuizada por diversos governadores de Estado para impugnar o mesmo art. 2º da EC nº 03/1993. O voto condutor cingiu-se a afirmar, após larga digressão doutrinária, que a imunidade recíproca seria decorrência direta da forma federativa de Estado, razão pela qual sua supressão (ainda que temporária, e relativamente a um único tributo) seria inadmissível. O Min. Celso de Mello trouxe fundamentação mais robusta, esclarecendo que o federalismo decorre da igualdade e convivência harmônica das unidades da federação, o que estaria em risco caso se permitisse à União exigir tributos dos estados e municípios.⁵

Nota-se, que, na ocasião, o Supremo Tribunal Federal privilegiou uma concepção garantista da imunidade recíproca (e também dos direitos e garantias individuais), para declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03/1993 que, segundo parcela da doutrina, não pretendeu “abolir” (isto é, extinguir) a forma federativa de estado ou os direitos e garantias individuais, conforme decidido na ADIN 926 (id., 1994a). Ao contrário, a própria norma da emenda constitucional esclarecia a transitoriedade do imposto e que as exceções estabelecidas ao princípio da anterioridade, e às imunidades previstas no art. 150, VI, da CF/88, se referiam única e exclusivamente ao IPMF.

Nesta linha, passados mais de vinte e cinco anos do julgamento da ADIN 939-DF, é possível apontar um olhar crítico⁶ sobre os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião, e também sobre as consequências que poderiam decorrer da replicação destes fundamentos em novas decisões.

De fato, se as cláusulas pétreas não proibirem apenas as emendas constitucionais tendentes a “abolir”, mas toda e qualquer modificação sobre as matérias elencadas no art. 60, §4º, da CF/88, chegar-se-ia a uma situação de total imobilismo, a redundar na necessidade de um novo Texto Constitucional, como foi apontado pelo mesmo STF em julgados posteriores.

o próprio funcionamento da federação” (Voto na ADI 939 – BRASIL, 1994b) ⁶ Faça-se justiça, a decisão já fora objeto de profunda análise por parte de NOVELLI, 1995, p. 21-57.

Paradoxalmente, a suposta proteção ao pacto federativo poderia acarretar a necessidade de uma nova Constituição apenas para permitir ajustes na repartição de competências tributárias do Texto Constitucional que pretendem *fortalecer o modelo federativo* (e não o abolir).

Como adiantado, em julgamentos posteriores o Supremo Tribunal Federal passou a sustentar que apenas o “núcleo essencial” das matérias previstas como cláusulas pétreas estaria a salvo de modificação por meio de emendas constitucionais. Como apontou o voto do Min. Sepúlveda Pertence, em medida cautelar e mandado de segurança impetrado por congressistas contra a tramitação de emenda constitucional, ao argumento de que a modificação do regime previdenciário de servidores estaduais violaria a imunidade recíproca, conforme voto proferido no MS 23047 MC (BRASIL, 2003):

Reitero de logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição Originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Convém não olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado.

No mesmo sentido, vale citar várias ações diretas impetradas contra a EC nº 20/1998⁶ que estabeleceu contribuição previdenciária a cargo dos Estados sobre funcionários em cargo comissionado – ADI 2024 (BRASIL, 2007), e contra a EC nº 41/2003⁷ que impôs uma alíquota mínima de contribuição previdenciária a ser exigida

⁶ “Art. 40. (...) § 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

⁷ “Art. 149. (...) § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.”

pelos Estados sobre os vencimentos de seus servidores – ADI 3138 (id., 2012), ambas rejeitadas com idênticos fundamentos.

A fundamentação adotada nestas decisões parece mais coerente com a função das cláusulas pétreas. Fosse a intenção do Poder Constituinte Originário realmente tornar imutáveis as matérias elencadas no art. 60, §4º, melhor teria sido esclarecer que as mesmas “não seriam objeto de emenda constitucional”.

Contudo, a expressão utilizada foi que não seriam objeto de deliberação as emendas constitucionais “tendentes a abolir”, o que indica a possibilidade de alteração dos dispositivos constitucionais que regem a matéria, desde que não tenham por objetivo amesquinhar, enfraquecer, ou fragilizar a federação, os direitos e garantias individuais, a separação de poderes e a democracia representativa.

A conclusão é que o pacto federativo desenhado em 1988 realmente tinha por premissa a repartição de competência tributária plena, permitindo aos Estados e Municípios a elaboração de leis tributárias próprias, desde que aderentes aos limites estabelecidos na Constituição e Leis Complementares.

Por outro lado, a proteção do pacto federativo contra as gerações futuras não pretendeu impor a imutabilidade desta forma específica de promover a autonomia financeira dos Estados e Municípios. Outro desenho institucional poderia (como pode) ser adotado para o federalismo fiscal, desde que não extirpe a autonomia financeira dos entes subnacionais, e não crie (ou agrave) uma situação de submissão política ao Poder Central.

Logo, a questão em debate não deve ser se a unificação da tributação sobre o consumo (retirando dos estados e municípios a competência legislativa sobre o ICMS e ISS) afronta, *abstratamente*, o pacto federativo. Por tudo o que foi exposto, esta resposta parece ser negativa.

Os mecanismos de concretização desta reforma tributária, isto é, a forma como os Estados e Municípios terão acesso aos recursos, e escopo da influência do Poder Central sobre a repartição os recursos, e também o grau de participação dos Estados e Municípios na formatação dos tributos sobre o consumo (como a definição da alíquota), são elementos que apontarão para a existência de uma violação *concreta* do pacto federativo.

A experiência internacional também comprova a ausência de vinculação entre competência para legislar sobre impostos e forma federativa de estado.

Ninguém questiona que a Alemanha é um Estado Federal composto pela União e por 16 estados. Naquele país foi atribuído aos *Länder* (que equivalem aos Estados no Brasil) a receita de determinados tributos, mas não a competência legislativa sobre os mesmos, que permanece com o Poder Legislativo Central. Ou seja, os entes subnacionais não podem aumentar os tributos incidentes no próprio território, o que causa uma indesejável imobilidade em situações adversas. Nestas hipóteses, a única possibilidade de obter fundos adicionais é o endividamento ou transferências do poder central (BRAUN, 2010, p. 175).

A Alemanha apresenta, portanto, uma estrutura muito mais simplificada: a competência tributária – isto é, o poder de instituir tributos – é concentrada na União, com divisão de competências administrativas, bem como de divisão de receitas, visando, dentre outros objetivos, ao equilíbrio federativo.

No Brasil, foca-se muito na competência para instituir e majorar tributos e pouco na importantíssima questão da repartição de receitas.

4.1 A POSSIBILIDADE DE RESTRINGIR A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

É cediço que a maior resistência dos chefes dos executivos regionais e locais a estas propostas de reforma tributária não reside propriamente na manutenção da arrecadação, mas na perda do poder político que acompanha a liberdade para a concessão de benefícios fiscais (MANEIRA, 2016, p. 71). Assim, pode-se argumentar que a perda de discricionariedade para estabelecer as políticas tributárias locais (mediante concessão de exonerações) acarretaria inaceitável perda de autonomia política.

Este, contudo, parece ser um argumento totalmente equivocado.

Em sua redação originária a Constituição Federal de 1988 já reconhecia que a liberdade para conceder benefícios fiscais de ICMS deveria ser limitada, tanto é que delegou à lei complementar a regulamentação da matéria.⁹ E a Lei Complementar nº

24/75, como sabido, condicionou a concessão de benefícios fiscais à aprovação unânime dos demais Estados.¹⁰

⁹ “Art. 155. (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) XII - cabe à lei complementar: (...) g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”

¹⁰ Lei Complementar nº 24/1975: “Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei. Art. 2º (...) § 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.”

¹¹ “Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo:

I - terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da

Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968;

II - não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I.”

Em relação ao ISS a situação não é diferente: o art. 88 do ADCT¹¹ estabeleceu uma alíquota mínima para o imposto e vedou exonerações até que fosse editada lei complementar a regulamentando dos critérios para a concessão de benefícios fiscais.

Em outras palavras, aos Estados e Municípios nunca foram livres para instituir benefícios fiscais nos impostos sobre o consumo de suas competências (CARVALHO, 2009, pp. 249-250), sob pena de criar desequilíbrio federativo que faria ruir o sistema de arrecadação de tais impostos (como, de fato, vem ocorrendo).

Por decorrência lógica, uma reforma tributária que exclua dos Estados e Municípios a competência para conceder benefícios fiscais que já eram vedados pelo atual sistema tributário não poderá ser acusada de violadora do pacto federativo, a menos que se conclua que a redação originária da Constituição incorreu no mesmo vício.

Assim, a pretendida liberdade para estabelecer a política tributária revela-se, na verdade, uma liberdade para afrontar as regras da Constituição que limitam a concessão de benefícios fiscais.

Não se pode negar que, apesar de todas as salvaguardas da Constituição e da legislação complementar de evitar que a guerra fiscal se instalasse no Brasil, ela é um dado da realidade e tem como principal causa o fato dos Estados e Municípios se utilizarem do ICMS e do ISS como instrumento de atração de investimento e de estímulo ao desenvolvimento regional e local, aniquilando com a sua desejada neutralidade tributária.

Neutralidade significa que o que deve nortear o mercado são as leis da livre concorrência e da competitividade. O empresário, na hora de decidir em que Estado vai instalar a sua fábrica ou indústria, deve levar em conta o clima, a infraestrutura local, o nível de educação e de saúde pública daquela região, bem como as questões de logística, como por exemplo, a localização a beira mar ou continental. Para se instalar, o empresário não deveria se importar com a questão da carga tributária. Neutralidade é isso. A carga tributária, principalmente dos impostos sobre o consumo, ou seja, daqueles impostos em que o consumidor é quem arca com o peso do tributo, deveria ser indiferente para as decisões empresariais.

No entanto a realidade está muito distante da neutralidade tributária. Os empresários fazem verdadeiros leilões dos quais participam os Estados e Municípios em um movimento antropofágico, passando por cima da Constituição para oferecer vantagens aos contribuintes com a finalidade de atrair os disputados investimentos.

As consequências, como visto, foram a degradação das finanças estaduais e municipais, criando maior dependência do Poder Central e enfraquecendo o pacto federativo.

A única forma de encerrar a guerra fiscal nos tributos sobre o consumo é corrigir o erro histórico de se conceder aos Estados e Municípios a competência para legislar sobre a tributação do consumo, pois é sabido que a incidência de tais repercute além dos territórios municipais e estaduais, tendo incontestável perfil nacional.

5. A REFORMA TRIBUTÁRIA FORTALECE O PACTO FEDERATIVO

Como exposto, o modelo de repartição adotado, com a repartição de competências tributárias incidentes sobre o consumo em vários níveis de governo, causou inúmeros inconvenientes: sobreposição de competências causando conflitos entre os diversos Fiscos e contribuintes, operações denotativas de riqueza livres de tributação (como as locações), guerra fiscal entre Estados e Municípios mediante concessão de benefícios fiscais inconstitucionais (por violação à necessidade de aprovação em convênio, ou à alíquota mínima de 2% estabelecida pela CF/88) que degradaram as respectivas bases tributáveis (MANEIRA, 2016, pp. 65-66), entre outras questões.

Também foi visto que a contribuição sobre a receita bruta, de competência federal, foi transmudada em verdadeiro imposto sobre o consumo, tendo alcançado significativa relevância no orçamento público, em detrimento da arrecadação do imposto sobre a renda e do IPI, cuja arrecadação foi paulatinamente reduzida pela concessão de benefícios fiscais (SCAFF, 2005, pp. 21-23; ALVES, 2017, pp. 80, 94 e 96). Em outras palavras, o Poder Central desidratou os impostos partilháveis com os entes subnacionais (IR e IPI), e aumentou a arrecadação das contribuições sociais.

Logo, a situação atual é de grave desequilíbrio federativo, com perda significativa de autonomia financeira dos entes subnacionais. Em outras palavras, a outorga de competência legislativa tributária aos Estados e Municípios *não foi suficiente para garantir autonomia política e financeira*.

Muito pelo contrário! A liberdade conferida aos Estados e Municípios para legislar sobre impostos criou um estado permanente de competição fiscal, que põe em

risco a própria harmonia da federação, e torna os entes subnacionais submissos ao Poder Central, que exerce a tutela financeira sobre eles em troca da transferência voluntária de recursos (SCAFF, 2005, p. 31).

A solução para esta grave situação de deterioração do pacto federativo, já dissemos, é uma reforma tributária que tivesse por objetivo unificar os tributos sobre o consumo (IPI, ISS, ICMS e PIS/COFINS), com uma fórmula de repasse automático da arrecadação aos entes subnacionais traria como benefícios imediatos o fim da guerra fiscal – com o consequente aumento da arrecadação (ROTHMANN, 2015, p. 26) e um melhor ambiente de negócios no País.

A reforma tributária também deveria cuidar melhor das contribuições sociais, especialmente das CIDEs, que não têm praticamente balizamento constitucional algum e são criadas como verdadeiros impostos federais, residuais, afrontando a rígida repartição de competência para a instituição de impostos. Para se ter uma ideia, atualmente temos CIDEs para o INCRA, Funtel, Fust, AFRMM, CONDECINE, além da CIDE-combustível e CIDE*royalties*.

Em relação à repartição da receita, defendemos que os Estados e municípios participem da arrecadação de todos os impostos e contribuições federais, e não apenas da arrecadação do imposto de renda, IPI e ITR.

Com isso, evita-se que a União conceda isenções e reduções de impostos que devam ser repartidos com os Estados e Municípios, mantendo, de outro lado, a cobrança integral das contribuições que não são repartidas.

Em suma, uma reforma tributária deve ter por objetivo: a) tornar mais simples o sistema e mais seguro; b) unificar a tributação do consumo; c) eliminar (ou ao menos reduzir) a tributação da receita; d) dar um novo balizamento às contribuições; e) estabelecer uma nova fórmula de repartição de rendas entre os entes federados que tenha por objetivo promover o equilíbrio federativo.

Uma reforma aprovada nestes termos – ainda que tenha por decorrência a exclusão da competência legislativa tributária dos Estados e Municípios - não tenderia a “abolir”, mas a “fortalecer” a forma federativa de estado, reforçando a autonomia política e financeira dos entes subnacionais frente ao Poder Central.

6. CONCLUSÃO

O federalismo é um modelo de governo que divide o poder político entre o governo central e os governos locais. Contudo, a forma de construção do Estado Federal depende de fatores políticos, históricos, econômicos, culturais e sociais de cada país. O federalismo fiscal é o estudo sobre a alocação e distribuição racional dos recursos entre os entes federados de forma proporcional às suas responsabilidades, garantindo autonomia financeira dos entes subnacionais, e também comporta uma extensa gama de modelos, que não necessariamente exigem a outorga de competência legislativa tributária.

O histórico constitucional brasileiro mostra que o regime republicano sempre conferiu competência tributária ampla aos Estados (e aos Municípios desde 1934), e também é possível atestar que essa foi a intenção do Poder Constituinte Originário, ao descentralizar as receitas tributárias como forma de garantir a autonomia financeira dos entes subnacionais.

Embora o pacto federativo desenhado em 1988 realmente tivesse por premissa a repartição de competência tributária plena aos Estados e Municípios, a cláusula pétreia entabulada no Texto Constitucional jamais pretendeu impor a imutabilidade desta forma específica de promover a autonomia dos Estados e Municípios. Outro desenho institucional poderia ser adotado para o federalismo fiscal, desde que garantisse a autonomia financeira dos entes subnacionais, e não crie uma situação de submissão política ao Poder Central.

Logo, a questão em debate não deve ser se a unificação da tributação sobre o consumo afronta, *abstratamente*, o pacto federativo (o que parece equivocado), mas se os mecanismos adotados para tanto acarretam *concretamente* uma perda de autonomia política ou financeira dos Estados e Municípios.

A conclusão a que se chegou é que as propostas de unificação da tributação sobre o consumo não acarretam redução da autonomia política ou financeira dos Estados e Municípios e, portanto, não tendem a abolição do regime federativo. Ao contrário, tais propostas pretendem um fortalecimento do pacto federativo que restou

esgarçado pela competição fiscal entre Estados e Municípios, além da centralização de recursos na União em decorrência da exacerbação das contribuições.

Em outras palavras, propostas de reforma tributária visam corrigir falhas que enfraqueceram o pacto federativo delineado em 1988, reduzindo a autonomia financeira dos Estados e municípios e estabeleceram uma situação de submissão política ao poder central na busca por recursos. Não há, portanto, que se falar em inconstitucionalidade *a priori* de emenda constitucional que pretenda a unificação dos tributos sobre o consumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Raquel de Andrade Vieira. *Federalismo Fiscal Brasileiro e as Contribuições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *IVA, uma proposta inconstitucional*. Disponível em:
- <<https://exame.abril.com.br/blog/opiniaio/iva-uma-proposta-inconstitucional/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.
- BARRETO, Paulo Ayres. Tributação sobre o consumo: simplicidade e justiça tributária. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Tributação e desenvolvimento: homenagem ao professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BORGES, José Souto Maior. O imposto sobre o valor acrescido. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 926 MC. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, DF, j. 01/09/1993, DJ 06-05-1994.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 939. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, DF, j. 15/12/1993, DJ 18-03-1994.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 2024. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, j.03/05/2007, DJe 21-06-2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 3138. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, j. 14/09/2011, DJe 10-02-2012.
- BRAUN, Dietmar. Making fiscal federalism self-enforcing: Germany, Australia, and Switzerland compared. In: ERK, Jan; SWENDEN, Wilfried (Eds.). *New Directions in Federalism Studies*. London: Routledge, 2010.
- BURGESS, Michael. Federalism democracy and the state in the era of globalization. In: *Comparative Federalism: Theory and Practice*. London: Routledge, 2006.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *RE 572.672/SC: Federalismo Fiscal e a Importância da Interpretação Estrutural*. Disponível em:
- <<https://www.academia.edu/37729650/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de Rendas Tributárias*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.
- ECCLESTON, Richard; KREVER, Richard; SMITH, Helen. Fiscal federalism in the twentyfirst century. In: ECCLESTON, Richard; KREVER, Richard (Orgs.). *The Future of Federalism: Intergovernmental Financial Relations in an Age of Austerity*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.
- GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MANEIRA, Eduardo. Federalismo Fiscal Brasileiro no Âmbito Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CAMPOS, Cesar Cunha (Orgs.). *Federalismo Fiscal Brasil – Alemanha*. São Paulo: FGV Projetos, 2016. v. 4.

- NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional? A propósito do art. 2º, §2º, da Emenda Constitucional nº 03/93. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, 1995.
- OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. O Supremo Tribunal Federal e as Cláusulas Pétreas da Forma Federativa de Estado e da Separação de Poderes em Matéria Tributária. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; QUEIROZ, Luis Cesar Souza de (Orgs.). *Tributação Constitucional, Justiça Fiscal e Segurança Jurídica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.
- ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação do consumo: reflexões sobre uma reforma tributária economicamente racional e politicamente viável. In: MOREIRA, André Mendes et al. *Estado Federal e tributação: uma perspectiva jurídico-filosófica*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.
- SCAFF, Fernando Facury. Aspectos Financeiros do Sistema de Organização Territorial do Brasil. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 112, jan. 2005.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018.

Quinto Constitucional e o requisito de idade para ingresso nos Tribunais de Justiça

Uma releitura sistêmica e unitária

André Luiz Maluf¹
Marcus Wagner de Seixas²

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Dos Provimentos 139/2010 e 102/2004 da OAB; III – Da necessária interpretação sistêmica e unitária; III.1 – Diferença de tratamento constitucional em relação ao requisito máximo de idade; III.2 – O efeito sistêmico da Emenda Constitucional 88/2015; IV. Considerações finais; V. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetos o estudo da escolha de advogados pelo quinto constitucional e a limitação de idade prevista nos Provimentos 139/10 e 102/04, ambos do Conselho Federal da OAB. O problema é a possibilidade de conferir interpretação sistêmica, à luz do princípio da unidade, de modo a afastar a limitação de idade especificamente em relação aos Tribunais de Justiça. A hipótese é de que a Constituição traz regras restritivas de forma intencional, não cabendo ao interprete realizar expansão. Ademais, o advento da Emenda Constitucional 88/2015 exige uma releitura da temática, de modo a possibilitar a inscrição de advogados com mais de 65 (sessenta e cinco) anos, especificamente, para os Tribunais de Justiça dos Estados.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the choice of lawyers to the Courts and the age limitation provided in Provisions 139/10 and 102/04, both of the Brazilian Bar Association. The problem is the possibility of conferring systemic interpretation, in the light of the principle of unity, so as to exclude age limitation specifically from the State's Courts of Justice. The hypothesis is that the Constitution intentionally imposes restrictive rules, not fitting the interpreter perform expansion. In addition, the advent of Constitutional Amendment 88/2015 requires a re-reading of the subject, so that it would be possible to enroll lawyers over 65 years of age specifically for the State Courts of Justice.

¹ Mestrando do PPGDC / UFF (Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional). Pós-Graduado em Direito Público. Estudou *Diritto Pubblico Comparato* na Università di Siena. Procurador do Município de Volta Redonda. Advogado.

² Doutor e Mestre em Direito pelo PPGSD / UFF (Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito). Chefe do Departamento de Direito da UFF *campus* de Volta Redonda. Advogado.

I - INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetos o estudo da escolha de advogados pelo quinto constitucional e a limitação de idade prevista nos Provimentos 139/10 e 102/04, ambos do Conselho Federal da OAB.

O problema é a possibilidade de conferir interpretação sistêmica, à luz do princípio da unidade, de modo a afastar tal limitação especificamente em relação aos Tribunais de Justiça estaduais.

A hipótese é de que a Constituição traz regras restritivas de forma intencional, não optando o Constituinte Originário por palavras inúteis, de modo que não(?) cabe ao intérprete conferir tratamento diverso em razão da distinção desejada pela Constituição. Ademais, o advento da Emenda Constitucional 88/2015 exige uma releitura da temática de modo a possibilitar a inscrição de advogados com mais de 65 (sessenta e cinco) anos para as listas sêxtuplas dos Tribunais de Justiça dos Estados.

A metodologia consiste em análise bibliográfica e normativa do objeto do trabalho.

A justificativa do artigo existe na medida em que os Provimentos da OAB não prestigiam a melhor interpretação da Constituição, impossibilitando o exercício de direitos por advogados; além de permitir maior gama de selecionáveis para as vagas do quinto.

Por fim, objetiva-se trazer novas luzes ao tema de modo a gerar reflexões e fomentar o debate acerca da escolha para o quinto constitucional na vaga oriunda da advocacia.

II - DOS PROVIMENTOS 139/2019 E 102/2004 DA OAB

Para analisar o objeto do artigo é necessário inicialmente analisar o art. 1º do Provimento 139/2010 que alterou o parágrafo único do art. 5º do Provimento 102/2004 - Dispõe sobre a indicação, em lista sêxtupla, de advogados que devam integrar os Tribunais Judiciários e Administrativos. Veja-se:

PROVIMENTO 139/2010

Altera dispositivos do Provimento n. 102/2004, que “Dispõe sobre a indicação, em lista sêxtupla, de advogados que devam integrar os Tribunais Judiciários e Administrativos”. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei n. 8.906/94, tendo em vista o decidido nos autos da Proposição n. 2009.19.04393-01, **RESOLVE:**

Art. 1º O Provimento n. 102/2004, que “Dispõe sobre a indicação, em lista sêxtupla, de advogados que devam integrar os Tribunais Judiciários e Administrativos”, alterada a redação original dos arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 8º, 9º, 10 e 11, passa a vigorar com o seguinte teor:

(...)

Art. 5º Como condição para a inscrição no processo seletivo, com o pedido de inscrição o candidato deverá comprovar o efetivo exercício profissional da advocacia nos 10 (dez) anos anteriores à data do seu requerimento e, tratando-se de Tribunal de Justiça Estadual ou de Tribunal Federal, concomitantemente, deverá comprovar a existência de sua inscrição, há mais de 05 (cinco) anos, no Conselho Seccional abrangido pela competência do Tribunal Judiciário.

Parágrafo único. Não será admitida inscrição de advogado que possua mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade na data da formalização do pedido (gn).

(...)

Art. 2º As alterações efetuadas no Provimento n. 102/2004 aplicam-se aos procedimentos de escolha de lista sêxtupla cujos editais forem publicados após a entrada em vigor deste Provimento.

Art. 3º Este Provimento entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 18 de maio de 2010.

Ophir Cavalcante Junior

Presidente

Francisco Eduardo Torres Esgaib

Conselheiro Relator

Diante da interpretação restritiva conferida pelo provimento, busca-se demonstrar o desacerto de tal leitura, a fim de conferir e melhor hermenêutica a ela, compatibilizando-a, assim, com a Constituição.

III – DA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E UNITÁRIA

Conforme a doutrina de Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 340) cada norma jurídica deve ser interpretada com consideração de todas as demais, e não de forma isolada, de modo que os preceitos devem ser considerados em sua unidade orgânica, não como normas que se bastam e vigoram isoladas.

Nesta linha, um dos princípios para se interpretar a Constituição é o da unidade segundo o qual a Constituição deve ser considerada como um sistema. Assim, conforme o magistério de Eros Grau “não se interpreta o Direito em tiras” (MENDES, BRANCO, 2012, p. 100).

Ademais, um dos elementos metodológicos clássicos de interpretação é o sistemático (NOVELINO, 2012, p. 162).

Como ressalta Marcelo Novelino (2012, p. 223), o princípio da unidade consiste em uma especificação da *interpretação sistemática*.

A partir dessa ideia sinérgica entre unidade e sistema tem-se a base para a reflexão objeto deste artigo.

III.1 – Diferença de tratamento constitucional em relação ao requisito máximo de idade

Aduz o Provimento supracitado que não será admitida a inscrição de advogado que possua mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade para compor a lista sêxtupla a ser encaminhada aos Tribunais Judiciários a fim de preencher as vagas destinadas ao quinto constitucional.

O ingresso de membros oriundos da advocacia e do Ministério Público tem a finalidade constitucional de oxigenar o ambiente do Judiciário garantindo pluralidade institucional. Busca-se possibilitar a contribuição por parte de pessoas com uma outra

visão do sistema judicial, sem descuidar, contudo, da necessária expertise jurídica e da reputação pessoal.

Tal obrigação deriva do art. 94 da Constituição ao exigir, necessariamente, que um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Portanto, não há qualquer restrição em relação a idade do profissional que venha a ingressar pelo quinto nestes Tribunais.

Esse raciocínio, contudo, não se aplica para o ingresso pelo quinto em outros casos, eis que a Constituição exige, expressamente, a idade máxima.

Como se extrai do art. 104, *caput*, da Constituição, exige-se a idade máxima de 65 (sessenta e cinco) anos de idade para o ingresso pelo quinto no Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Também são exigidos 65 (sessenta e cinco) anos para o ingresso pelo quinto no Tribunal Superior do Trabalho – TST (art. 111-A, da Constituição).

Nos Tribunais Regionais do Trabalho – TRT's exige-se a idade de 65 (sessenta e cinco) anos para o ingresso na Corte (art. 115, da Constituição).

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais – TRF's igualmente é exigida a idade máxima de 65 (sessenta e cinco) anos (art. 107, da Constituição), o que complementa o art. 94.

Ocorre que, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral – TSE fala-se expressamente na escolha de advogados sem qualquer restrição de idade (art. 119).

O mesmo se aplica no caso dos Tribunais Regionais Eleitorais – TRE's, que é silente quanto ao pré-requisito da idade: art. 120, III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

Na Justiça Militar, o STM – Superior Tribunal Militar – na composição por advogados há apenas o requisito de idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos, ausente o requisito de idade máxima:

Art. 123, Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

No âmbito dos Tribunais de Justiça – TJ's a Seção VIII (art. 125) que trata do tema também é silente, não havendo qualquer requisito de idade mínima ou máxima para a escolha de advogados e membros do Ministério Público que ingressarão nas Cortes Estaduais pelo quinto constitucional.

O Constituinte, portanto, conferiu tratamento diferenciado ao STJ, TRF's e TRT's ao conferir a idade máxima de 65 (sessenta e cinco) anos.

Mas em relação ao STM, TSE, TRE's e TJ's não previu a idade máxima de 65 (sessenta e cinco) anos. Ressalte-se que especificamente em relação ao STM trouxe a idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos.

Infere-se, assim, que há uma diferença de tratamento notadamente desejada pela Constituição.

Regras de restrição devem ser interpretadas restritivamente. Logo, onde o Constituinte fez clara distinção, não cabe ao intérprete dispensar o mesmo tratamento sob pena de desvirtuar o desejo originário.

Por fim, há que o próprio STF em clássico precedente (ADI 815, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 10-5-1996) entendeu que não há hierarquia entre normas do texto originário. Sendo assim, não é possível aplicar a regra de escolha prevista em um dispositivo para outro, notadamente quando há tratamento distinto, sob pena de se conferir maior normatividade e hierarquia a uma regra originária sobre outra.

III.2 – O efeito sistêmico da Emenda Constitucional 88/2015

O texto original da Constituição trazia como idade para fins de aposentadoria compulsória o máximo de 70 (setenta) anos: “art. 40, II - compulsoriamente, aos setenta

anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Após a Emenda Constitucional 88/2015, o art. 40, II passou a prever o seguinte: “II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar”; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015).

Houve, portanto, um acréscimo de 05 (cinco) anos de idade para fins de aposentadoria compulsória.

Ocorre que tal aumento gera um efeito sistêmico na interpretação da Constituição. Ou seja, ocorreu um descuido do Parlamento ao aprovar a EC 88/2015 sem tratar dos reflexos sistêmicos da alteração constitucional em relação aos demais textos que tratam de questões de idade.

A ideia do requisito de idade máxima de 65 (sessenta e cinco) anos, portanto, levava em conta a previsão no texto original que trazia a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos.

Com a elevação da aposentadoria para 75 (setenta e cinco) anos, a melhor exegese da Constituição deve considerar tal alteração do texto, de modo que a restrição da idade máxima de 65 (sessenta e cinco) anos deveria considerar esse acréscimo de 05 (cinco) anos.

Conforme Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2012, p. 100) esse tipo de interpretação sistêmica foi utilizada em processo em que se discutia a elegibilidade de quem pretendia suceder o seu cônjuge na chefia do Executivo municipal, interpretando a Emenda Constitucional 16/97 que permitira uma reeleição do titular do mesmo cargo, alterando o § 5º do art. 14 da Constituição (RE 344.882/BA, DJ de 6 -8 -2004.):

Ocorre que a Emenda não modificou o § 7º do mesmo artigo, que torna inelegível o cônjuge do titular do cargo no pleito seguinte ao da conclusão do mandato.

Percebeu o STF, que a aversão ao “continuismo familiar” não mais justificava a norma, uma vez que o próprio titular do cargo eletivo podia se reeleger. Afirmou o Tribunal, então, que o § 7º, “interpretado no absolutismo da sua literalidade, conduz a disparidade ilógica de tratamento e gera perplexidades

invencíveis”. Por isso, a Corte definiu que a norma deveria ser compreendida como a tornar inelegível apenas o cônjuge ou parente do titular que estivesse no segundo mandato consecutivo. Invocou-se, para esse desate, o princípio da unidade da Constituição, lembrando-se que “é lugar comum que o ordenamento jurídico e a Constituição, sobretudo, não são aglomerados caóticos de normas; presumem-se um conjunto harmônico de regras e de princípios: por isso, é impossível negar o impacto da Emenda Constitucional n. 16 sobre o § 7º do art. 14 da Constituição sob pena de consagrar-se o paradoxo de impor-se ao cônjuge ou parente do causante da inelegibilidade o que a este não se negou: permanecer todo o tempo do mandato, se candidato à reeleição, ou afastar -se seis meses antes, para concorrer a qualquer outro mandato eletivo”

Nesta linha, verifica-se como o princípio da unidade influenciou o julgamento a fim de conferir uma interpretação sistemática à Constituição considerando a mudança pontual no texto que gerava evidente impacto em outras normas.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, é possível concluir que a hipótese foi confirmada, na medida em que a melhor interpretação para o art. 1º do Provimento 139/2010 que alterou o parágrafo único do art. 5º do Provimento 102/2004 deve possibilitar a inscrição de advogados com mais de 65 (sessenta e cinco) anos especificamente para os Tribunais de Justiça dos Estados, considerando a diferença de tratamento conferida pela Carta de 1988, bem como o advento da Emenda Constitucional 88/2015.

Tal interpretação decorre de uma análise sistêmica da Constituição levando em conta o princípio da unidade, de modo que não é possível interpretar seu texto de forma isolada sem considerar o todo normativo.

Destarte, no intuito de preservar o exercício, a dignidade e a importância da advocacia - em âmbito regional e nacional - é imperioso que o Pleno do douto Conselho Federal da OAB adote as medidas necessárias ao controle desses fatos a fim de aprimorar o Provimento objeto deste artigo, conferindo, assim, real efetividade e respeito à Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. **Curso de direito constitucional** – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.
2. NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Gen, 6ª Ed, 2012.
3. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Fórum, Belo Horizonte, 2012.
4. **Provimento n. 102** de 09 de março 2004 do Conselho Federal da OAB
5. **Provimento 139** de 18 de maio de 2010 do Conselho Federal da OAB
6. **Constituição da República** Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988
7. BRASIL, STF, **RE 344.882/BA**, *DJ* de 6 -8 -2004.
8. BRASIL, STF, **ADI 815**, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 10 -5 -1996.

Tutela inibitória como instrumento para a solução de conflitos ambientais¹

*Giselle Marques de Araujo*²

*Rosemary Matias*³

*Ademir Kleber Morbeck de Oliveira*⁴

*Alessandro Lewandowski*⁵

Palavras-chave: meio ambiente; direito civil constitucional; direito ambiental brasileiro; direito ambiental alemão.

INTRODUÇÃO

O tema será desenvolvido sob a perspectiva do direito civil constitucional, buscando contextualizar no âmbito dos fenômenos da publicização e constitucionalização do direito civil, o instituto jurídico da tutela inibitória, prevista na Lei 13.105, de 16 de março de 2015, consubstanciada no Código de Processo Civil. O artigo investigará a viabilidade de utilização da tutela inibitória em ações envolvendo matéria ambiental. Para tanto, utilizará como paradigma o primeiro processo internacional de litígio climático baseado na responsabilidade de direito privado, tramitando na Alemanha, chamado de caso HUARAZ (*LIUYA v. RWE AG*).

¹ Agradecimentos à CAPES pelo financiamento das pesquisas que resultaram na elaboração deste artigo.

² Advogada. Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida-RJ. Pós-Doutoranda em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da UNIDERP-MS. Bolsista CAPES.

³ Doutora em Química pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da UNIDERP-MS.

⁴ Doutor em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos.

⁵ Advogado. Doutorando em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da UNIDERP-MS.

1. A publicização do direito civil

Logo após a Revolução Francesa, surgiram na Europa dois movimentos que pareciam inconciliáveis entre si. O primeiro, o das **codificações**, o qual buscava a consagração de um Código Civil geral e unitário para todos os Estados, a fim de sistematizar o direito civil, garantindo aos burgueses uma esfera de proteção dos seus direitos individuais, especialmente a propriedade privada. O segundo, o da **publicização do direito civil**, inspirado pelos movimentos anarquistas e socialistas da Europa industrializada, os quais reivindicavam maior intervenção do Estado na economia e na efetivação dos direitos sociais.

Naquele momento histórico, Estado e direito civil situavam-se em polos distintos e apartados: o Estado no âmbito do direito público e o direito civil no do direito privado. Segundo Bobbio (2010, p.14), a divisão entre público e privado se tornou uma das grandes dicotomias da história da humanidade, através da construção de duas esferas conjuntamente exaustivas e reciprocamente excludentes, de modo que todos os elementos envolvidos na análise só encontrem lugar em um ou outro lado. Dessa maneira, tudo aquilo que for público não pode ser privado, e vice-versa. A esfera privada adquiriu grande relevância, embasada pela não intervenção governamental, sendo que o querer individual foi considerado soberano e o Estado reduzido ao mínimo.

A conquista de poder pela burguesia, portanto, resultou na consagração de valores e ideais como a liberdade do indivíduo perante o Estado, a não intervenção estatal na economia e a autonomia da vontade. Paradoxalmente, desencadeou a construção do fenômeno das codificações, cujo caráter fundamental implicava na “monopolização por parte do Estado do mecanismo de produção do direito, até mesmo do direito privado”, segundo a lição de Paolo Grossi⁶.

O poder de “dizer o direito” passou à esfera estatal, e os conflitos deixaram de ser resolvidos por árbitros ou pela força física ou bélica dos envolvidos. Ao avocar para si a função tutelar jurisdicional, em matéria de direitos subjetivos civis, o Estado facultou ao interessado (em sentido amplo) a tarefa de provocar a atividade estatal que,

⁶ GROSSI, Paolo. **Absolutismo Jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do Direito)**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1., n. 2, p. 191-200, jun-dez 2005.

via de regra, remanesce inerte, inativa, até que aquele que tem a necessidade da tutela estatal quanto a isso se manifeste, pedindo expressamente uma decisão a respeito de sua pretensão⁷.

A razão inerente para o estabelecimento da autoridade do Estado, conforme as reflexões de Hannah Arendt⁸, decorre da pronta resposta às necessidades e perigos, como a guerra e as catástrofes, desempenhando dupla função. A primeira, promover a satisfação das necessidades das populações menos favorecidas e a segunda, conter as arbitrariedades dos setores social e politicamente dominantes. O termo tutela, portanto, está relacionado à função protetiva do Estado.

Esse poder do Estado implica também no dever de garantir a todos, até mesmo aos setores marginalizados, acesso à justiça e efetividade na prestação jurisdicional. É nesse contexto que a tutela inibitória surge e destaca-se como importante instrumento de proteção ao direito material, na esteira da superação da dicotomia entre as esferas pública e privada. Isto ocorre através dos fenômenos da constitucionalização e da publicização do direito civil, onde os princípios de direito fundamental (dentre os quais a dignidade da pessoa humana, o direito fundamental ao ambiente e à saúde) considerados até o século XX como pertencentes exclusivamente à esfera pública e os direitos individuais (direito de propriedade, livre iniciativa, acesso à justiça) se interpenetram. Mas, há situações nas quais tais direitos estarão em rota de colisão, como naquelas de tensão entre propriedade privada e meio ambiente.

Após a Segunda Guerra Mundial, criou-se um ambiente favorável ao estabelecimento de um pacto entre as nações que possibilitasse estabelecer uma base comum de direitos que seriam fundamentais, o que ocorreu através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pactuada no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948. Tais direitos passaram a integrar as constituições democráticas modernas, e o constitucionalismo experimentou uma nova fase com significativo fortalecimento.

⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, volume I: teoria geral do processo de conhecimento. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 125.

⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004, p. 143.

A Constituição passou a assumir papel central na interpretação, integração e construção das demais normas jurídicas do ordenamento, unificando o sistema e imprimindo um novo perfil aos ramos do direito privado, dentre os quais o direito civil, que passaram a ser ressignificados pela influência marcante das necessidades sociais. Segundo a lição de Perlingieri, a autonomia da vontade não é livre arbítrio: os atos e as atividades não somente não podem perseguir fins antissociais ou não-sociais, mas, para terem reconhecimento jurídico, devem ser avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito foi garantido e reconhecido⁴.

A pessoa humana deve ser considerada não apenas *uti singulus*, ou *uti civis*, mas também *uti socius*, conforme a preciosa lição de Calmon Nogueira da Gama⁹, face aos ditames do interesse coletivo, a fim de conceder igualdade material aos sujeitos de direito. Nesse contexto, a utilização dos recursos naturais não pode estar adstrita a apenas uma categoria de indivíduos, em prejuízo dos demais.

No século XXI, a humanidade depara-se com um paradoxo: se, de um lado, o modelo neoliberal alcançou a hegemonia no mundo, de outro, as desigualdades sociais econômicas e culturais aprofundaram-se, emergindo diversos movimentos reivindicatórios de igualdade social no aspecto material, e não apenas formal. Dentre estes, a luta pelo direito a viver em um ambiente não poluído.

Até mesmo o direito de propriedade, que parecia ser absoluto, passou a ser ameaçado pelo avanço da degradação ambiental. Em vários lugares do mundo, propriedades rurais se inviabilizam pelas mudanças climáticas, como por exemplo, algumas submergindo ao avanço das águas. Esse é o risco enfrentado pelo fazendeiro peruano Saul Luciano Lluiya, no qual o Lago Palcacocha, localizado acima de sua propriedade, vem aumentando seu volume hídrico, trazendo sérios riscos ambientais. O proprietário, convencido de que o fato decorre em grande parte da emissão de gases de efeito estufa pela maior empresa produtora de energia elétrica na Alemanha, decidiu mover uma ação judicial com pedido de tutela inibitória, detalhado na próxima seção.

2. Tutela inibitória em matéria ambiental na Alemanha: o caso Lluiya

⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função Social no Direito Civil**. 2ª. Ed. São Paulo, Atlas: 2008, p. 3.

Saul Lluyia formalizou o primeiro processo internacional de litígio climático baseado na responsabilidade de direito privado¹⁰, cujo fundamento é a possibilidade de concessão da tutela inibitória com base no disposto do § 1004 do BGB- Código Civil da Alemanha. Desta maneira, procura obrigar a empresa Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk AG-RWE, segunda maior produtora de energia elétrica do país germânico¹¹, a arcar com os custos necessários à prevenção dos danos ambientais que ameaçam a propriedade de Lluyia, localizada na cidade peruana de Huaraz (situada a 400 quilômetros ao norte da capital Lima).

O local será prejudicado caso continue ocorrendo o derretimento anormal do gelo existente no cume das montanhas da região, com o conseqüente aumento do volume de água do Lago Palcacocha. Este fenômeno decorreria da emissão de gases de efeito estufa na atmosfera pela atividade desenvolvida pela empresa, que estaria se omitindo a despeito de seu pleno conhecimento sobre os graves impactos ambientais decorrentes de sua atividade, dentre os quais os sofridos pelas propriedades situadas à jusante do lago Palcacocha.

Segundo Wolfgang Sachs, os direitos humanos se aplicam universalmente e “com suas emissões, o Grupo RWE está ajudando a violar o direito à alimentação, saúde e moradia em outros países do mundo”. Somente as usinas de Neurath, Niederaußem e Weisweiler, integrantes do grupo, estariam poluindo a atmosfera com cerca de 77 milhões de toneladas de CO₂ por ano - ou seja, quase dez por cento das emissões alemãs de gases de efeito estufa¹².

Inspirado pela universalidade dos direitos fundamentais, Lluyia ajuizou a ação na qual formulou pedidos alternativos: a condenação da empresa RWE a arcar com os custos de medidas preventivas para proteger a propriedade do autor; a adoção de

¹⁰ WILL, Frank. **Litígios sobre mudanças climáticas**, NJW 2010, 3691 (NJOZ 2010, 2296 ss); Frank, “Klimahaftung und Kausalität”, ZUR 2013, 28 f.; Frank, “Störerhaftung für Klimaschäden?”, NVwZ 2017, 664 ss.

¹¹ Sediada em Essen, a empresa presta serviços públicos e possui várias subsidiárias na Europa, no Reino Unido e nos Estados Unidos. Tradicionalmente a empresa sempre utilizou carvão como fonte de geração de energia, altamente poluente, o que vem sendo alvo de protestos e campanhas ambientalistas. A empresa informa em seu site que está investindo em usinas eólicas e solares: “a nova RWE se concentrará em unidades de armazenamento, usinas de biomassa e usinas movidas a gás, que funcionam principalmente com gás “verde” e que equilibram a geração flutuante da energia eólica e o sol” (disponível em: <https://www.group.rwe/e>, acesso em 09 jan 2020).

¹² SACHS, Wolfgang. **Aussagen**. Disponível em: <https://untenlassen.org/dr-wolfgang-sachs-autor-wuppertal-institut>., acesso em: 21 jan 2020.

providências adequadas para a redução do volume de água do lago; a condenação da ré a pagar à associação de autoridades locais contribuição monetária¹³ a fim de custear a construção de drenos e diques para proteger a cidade de Huaraz contra os efeitos decorrentes do derretimento de gelo.

Lluyia pediu, ainda, que fosse quantificada a exata contribuição de emissões anuais da parte ré. Porém isso acabou por tornar mais difícil a obtenção da tutela jurisdicional, pois segundo o Tribunal de Essen, que julgou o processo na primeira instância, não seria possível estabelecer o *quantum* relativo à emissão de CO₂ de cada contribuinte com o aquecimento global¹⁴. Se o pedido estivesse direcionado a estabelecer uma estimativa, segundo o Tribunal, talvez fosse possível ter êxito.

O *Landesgericht* (Tribunal de Justiça) de Essen julgou improcedentes os pedidos, sob os seguintes argumentos: há vários contribuintes na emissão de CO₂ ao redor do planeta e não apenas a empresa ré alemã; não é possível no âmbito judicial quantificar e regular os impactos das mudanças climáticas sobre uma propriedade específica; não restou provado o nexo causal entre a atividade da empresa e a perturbação sofrida na propriedade do autor; as pretensões da ação não estavam suficientemente delimitadas, não sendo identificáveis e exequíveis, impossibilitando a atuação do Tribunal; e, a empresa contribuiria com emissões insignificantes no contexto global, não se justificando que o proprietário peruano tenha escolhido uma única empresa na Alemanha como responsável pelas alterações do Lago Palcacocha situado no Peru.

O Tribunal destacou que o nexo de causalidade seria um pressuposto indispensável, uma *conditio-sine-qua-non* para a propositura da ação, e tal requisito não havia sido preenchido pelo autor, devendo ser levado em conta que existem várias fontes emissoras, sendo a contribuição da parte ré nas emissões globais de gases de efeito estufa

¹³ JUNKER, Kirk W. *Environmental Law Across Cultures: Comparisons for Legal Practice*. Londres: Routledge, 2019. 276 p. <https://doi.org/10.4324/9780429397615>. ISBN: 9780429397615.

¹⁴ UNITED NATIONS. *The status of climate litigation: a global review*. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/resources/publication/status-climate-change-litigation-global-review>. Acesso em 15 Jan 2020.

muito pequena, e não aumentavam as consequências negativas do aquecimento global de modo significativo¹⁵.

O proprietário não se conformou com a decisão e recorreu à Alta Corte Regional de Hamm, a qual reverteu a posição que havia sido adotada pelo tribunal de origem. A corte superior fixou o entendimento de que é possível sim a judicialização de demandas envolvendo negligência em matéria ambiental, sendo cabível a imposição de um padrão regulatório por decisão judicial.

A questão central estabelecida pela Alta Corte de Hamm envolve a possibilidade de ser estabelecida causalidade legalmente relevante em casos de litígio climático. Nessa direção, quatro etapas de causalidade podem ser rastreadas¹⁶:

(1) Todo emissor de CO₂ contribui com suas emissões para uma concentração crescente de GEE na atmosfera em todo o mundo. Isso corresponde às leis da física em relação à expansão das moléculas de gás.

(2) Maior concentração de GEE na atmosfera implica aquecimento global em todo o planeta, não excluindo a área de Palcacocha.

(3) O aumento da temperatura leva a um derretimento acelerado das geleiras, incluindo a geleira Palcaraju.

(4) Isso causa um aumento do nível da água da lagoa glacial, com um risco crescente de a propriedade do requerente ser inundada.

A Alta Corte entendeu que é possível e cabível ao Tribunal investigar o vínculo causal entre as emissões de CO₂ de emissores únicos e o aumento do nível da água do lago Palcacocha, *conditio sine quo a non* para a possível condenação da ré. Em setembro de 2018, corte nomeou especialistas para aferir quem seriam os responsáveis e se os alegados riscos de fato representavam uma ameaça à propriedade do demandante. A questão está ainda se desenvolvendo, e pode dar novos rumos à identificação e responsabilização dos culpados pelo aquecimento global.

¹⁵ WEDY, Gabriel. **Fazendeiro peruano em litígio climático pelo efeito estufa na Alemanha**. Consultor Jurídico. Postado em: 07.12.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-07/ambiente-juridico-fazendeiro-peruano-litigio-climatico-alemanha>, acesso em 21 jan. 2020.

¹⁶ CHALLE, Tiffany. **THE HUARAZ CASE (LLUIYA V. RWE) – GERMAN COURT OPENS RECOURSE TO CLIMATE LAW SUIT AGAINST BIG CO2-EMITTER**. Posted on December 7th, 2017. Disponível em: <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2017/12/07/the-huaraz-case-lluiya-v-rwe-german-court-opens-recourse-to-climate-law-suit-against-big-co2-emitter/>, acesso em 12 Jan 2020.

3. Uma análise comparativa entre o direito alemão e brasileiro

A ação movida por Lluia na Alemanha apontou como fundamento o disposto no parágrafo primeiro do artigo 1.004 do Código Civil Alemão (BGB). Este faculta ao proprietário, no caso da propriedade ser prejudicada de outra forma que não seja confisco ou retenção, exigir que a interferência seja removida ainda que não tenha ocorrido o dano e “se mais problemas forem objeto de preocupação, o proprietário pode agir judicialmente através de medida cautelar”¹⁷.

O dispositivo do BGB trata, portanto, da possibilidade de ajuizamento de uma ação de conhecimento para inibir o dano quando este ainda não ocorreu, propiciando a tutela jurisdicional efetiva mesmo quando o interessado ainda não dispõe de uma sentença de mérito.

Vigora na Alemanha, ainda, a Lei de Responsabilidade Ambiental *Umwelthaftungsgesetz UmweltHG*¹⁸, de 10 de dezembro de 1990. Nesta, o artigo primeiro determina, no caso de alguém ser ferido ou morto ou sofrer danos em seu organismo ou na sua saúde como resultado de um impacto ambiental resultante de uma das atividades elencadas no Anexo 1, a obrigação do responsável pela atividade em compensar a parte ferida pelos danos resultantes. É necessário o nexos causal entre o fato danoso e a lesão ambiental. No Anexo 2, a lei enumera atividades consideradas ainda mais perigosas, e exige a adoção de medidas de prevenção, como a contratação de um seguro de responsabilidade civil.

É possível identificar no direito ambiental alemão muitas similaridades com o direito ambiental brasileiro, especialmente na base que os sustenta, pois ambos comungam vários princípios, dentre os quais o da precaução e da cooperação. Segundo Carvalho¹⁹, o princípio da precaução representa um modelo moderno de política do

¹⁷ Tradução livre dos autores. Texto original: *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch (1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.* Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1004.html, acesso em 13 de Jan 2019.

¹⁸ *Umwelthaftungsgesetz*. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/umwelthg/>, acesso em 20 jan 2020.

¹⁹ CARVALHO, Renata Lucas de. Proteção ao Meio Ambiente. Uma Prioridade Alemã. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.15, 1998 (f. 217-225), p. 218. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/viewFile/70413/39984>, acesso em 20 jan 2020.

ambiente, cujo objetivo é evitar resultados negativos no uso dos recursos ambientais, através de ajustes que assegurem “uma base ecológica a longo prazo”.

Tal princípio foi adotado na Alemanha nos anos 1970, com o nome *Vorsorge Prinzip*, e dali irradiou para o sistema jurídico europeu. Em junho de 1992, foi proclamado como Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na Conferência da Organização das Nações Unidas, que ocorreu na cidade brasileira do Rio de Janeiro²⁰, com a seguinte redação:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

A precaução destaca-se no caso *LIIUYA v. RWE AG* porque o derretimento das geleiras está se desenrolando e o dano ainda não se consolidou, mas está prestes a se consolidar. Por isso, Lluyia busca através de uma ação ordinária (e não de ação cautelar) uma tutela preventiva que iniba o alagamento de sua propriedade. O legislador brasileiro quis possibilitar a propositura desse tipo de ação judicial também no país, através do disposto no parágrafo único do 497 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Este possibilita ao Juiz a concessão de tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, sendo irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Trata-se de novidade que dá um novo direcionamento ao instituto da responsabilidade civil no Brasil, até o momento voltada para a reparação monetária do bem violado. Com a tutela inibitória, é possível prevenir o dano, coibindo o ato ilícito antes que esse ocorra, o que é salutar. Conforme a perspectiva Kantiana, há o que não pode ser coisificado, o que não tem um preço, não podendo ser substituído por dinheiro ou por algo com valor similar; ou seja, “aquilo que não é superior a qualquer preço, não

²⁰ BRASIL. Conferência das Nações Unidas. **Declaração do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>, acesso em 20 Jan 2020.

admitindo nenhum equivalente, possui dignidade”²¹. Nessa direção, o artigo primeiro da Lei fundamental da Alemanha (que é a Constituição daquele país)²² proclamou a dignidade da pessoa humana como inviolável, sendo obrigação do Estado resguardá-la e protegê-la contra todo tipo de violência²³.

A Constituição em vigor do Brasil, por sua vez, no inciso III do seu artigo 1º, elegeu a dignidade da pessoa humana dentre os fundamentos da República, constituída enquanto Estado Democrático de Direito, tal qual o disposto na Lei Fundamental alemã.

A pessoa humana, com efeito, tem dignidade intrínseca e, para existir, ela precisa de um *habitat*, no dizer de Élide Seguin²⁴, uma Casa Planetária. Ocorre que essa morada está sendo fortemente ameaçada pelos efeitos da degradação ambiental. Segundo Hobsbawn²⁵, as forças geradas pela economia tecnocientífica são agora suficientemente grandes para destruir o meio ambiente, as “fundações materiais da vida humana”. Edgar Morin²⁶ chega a se referir à “herança de morte” decorrente desse processo, acelerado especialmente no século XX. Hans Jonas²⁷ aponta para as consequências de longo prazo das ações humanas, envolvendo não só as gerações presentes, mas também as futuras, fazendo-se necessária a construção de uma nova ética.

O crescimento das cidades aliado ao processo de especulação imobiliária e exclusão da população de baixa renda das regiões mais valorizadas, relegou a maioria das pessoas às periferias poluídas das grandes cidades, muitas vezes sem a infraestrutura básica que lhes permitisse alcançar a adequada qualidade de vida e a estas pessoas tem

²¹ KANT, Emmanuel. *Fondazione della Metafisica del Costumi*. Roma: Laterza, 1980.

²² No momento histórico em que foi escrita a Lei Fundamental da Alemanha, logo após a segunda guerra mundial, quando houve a rendição dos nazistas, os países aliados nomearam uma equipe de notáveis para redigir aquela que seria provisoriamente a Constituição, termo evitado para evitar aprofundar as diferenças entre a Alemanha Oriental e a Ocidental, devendo vigorar apenas até que a divisão tivesse sido superada e a unidade tivesse sido reconstituída. Evitou-se denominar esse documento de “Constituição” para evitar questionamentos sobre a origem desse poder constituinte, que não emanava do povo, mas da Liga das Nações. A despeito disso, conforme a lição de Ingo Sarlet, o texto se consagrou como “sólida homenagem ao Estado Democrático de Direito e aos Direitos Fundamentais” (Sarlet, 2019) inspirado pelos mesmos ideais da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que garantiu a sua estabilidade, vigorando até os dias atuais.

²³ Tradução livre dos autores. No original: *Artikel 1. Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*. Disponível em: https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01-245122; acesso em 17 jan 2020.

²⁴ SEGUIN, Élide. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

²⁵ HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1994-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 562.

²⁶ MORIN, Edgard. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2011.

²⁷ JONAS, Hans. *Pour une éthique du futur*. Paris: Éditions Payot & Rivages, 1998.

sido negado o *status* da dignidade humana. Os processos de migração das pessoas para as grandes cidades também estão relacionados às mudanças climáticas, que não permitem a determinadas comunidades continuar a existir em suas áreas de origem. Fernandes²⁸ aponta para a movimentação de pessoas e comunidades em decorrência das catástrofes ambientais geradas pelas mudanças climáticas no Brasil e no mundo como um acontecimento que não pode ser olvidado.

Para reverter esse quadro é urgente tornar efetivo o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, proclamado no artigo 225 da Constituição Federal brasileira em 1988, com a seguinte redação:

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

Na Alemanha, somente após a reunificação experimentada nos anos 1990, iniciaram-se as discussões no âmbito da Comissão Constitucional Conjunta da União e dos Estados para inserir a proteção ambiental no texto da lei fundamental. Isto efetivamente só veio a ocorrer em 1994, por ocasião da 42ª Alteração Constitucional (*Verfassungsänderung*)²⁹, quando foi inserida no Artigo 20ª como obrigação do Estado “a proteção dos fundamentos naturais da vida e dos animais” tendo em conta a responsabilidade frente às gerações futuras³⁰.

A tardia adoção desse dispositivo chama a atenção, tendo em vista o destaque que a questão ambiental ocupa na pauta das discussões políticas e filosóficas na Alemanha, país que já havia se envolvido em outras contendas internacionais, porém

²⁸ FERNANDES, Elisabeth Alves. **Movimentos desiguais. Reflexões sobre a proteção internacional das pessoas forçadas a se deslocar por causas ambientais agravadas pelas mudanças climáticas.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP, 2013, p.14. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-06092016-151724/publico/Tese_Elizabeth_Fernandes_revista_COMPLETA.pdf.

²⁹ ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. **Umweltrecht**, 3a. Edição. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2010, p. 58.

³⁰ No original: *Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.* (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Artikel 20a). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, acesso em 16 Jan 2020.

relativas a danos já consolidados. Como exemplo, no dia oito de fevereiro de 1927, o governo alemão submeteu à Comissão Permanente do Tribunal de Justiça Internacional³¹ um pedido de condenação do Governo Polonês pelos danos que causou ao tomar posse indevidamente da fábrica alemã de fertilizantes *Oberschlesische Stickstoffwerke*, localizada na cidade de Chorzow, no sul da Polônia. A Corte reconheceu o descumprimento de uma obrigação internacional e o dever de reparação dos danos, condenando a Polônia a indenizar a fábrica por ter tomado posse do capital de giro (matéria-prima, produtos acabados e semimanufaturados, lojas, etc.) e a compensação devida.

Mas o caso Lluia é a primeira ação internacional de natureza ambiental, buscando responsabilizar uma empresa que estaria interferindo negativamente nos recursos ambientais e contribuindo com o aquecimento global. Este é o seu ineditismo. A ação visa evitar um dano motivada pelo ato ilícito, qual seja, a emissão de gases CO₂ na atmosfera em quantidade apta a resultar no derretimento das geleiras à montante do Lago Palcacocha. No caso brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015 também possibilita medidas semelhantes, conforme se explicitará.

4. A tutela inibitória na lei brasileira

A importância da tutela inibitória, no dizer de Marinoni³², deriva do fato de constituir-se em ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Trata-se de modalidade que não se confunde com a ação cautelar (caracterizada por sua ligação com uma ação principal) e nem mesmo com a ação declaratória, pensada como “preventiva”, ainda que destituída de mecanismos de execução realmente capazes de impedir o ilícito.

Em outras palavras: no sistema jurídico brasileiro, para obter a satisfação de sua pretensão, ante a uma pretensão resistida (a lide), o interessado precisa inicialmente propor uma ação judicial. Esta tramitará como procedimento **comum** (quando não

³¹ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. The Factory At Chorzow (Claim for Indemnity) (The Merits). **Germany v. Poland Judgment**. Disponível em:

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.html, acesso em 16 Jan 2020.

³² MARINONI. Luiz Guilherme. Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%282%29%20-%20formatado.pdf>

houver previsão expressa em lei sobre o caminho jurídico a ser adotado), **especial** (quando a lei prevê um modelo específico de ação, como, por exemplo, a usucapião e o inventário) ou **sumaríssimo** (nas causas com valor inferior a 40 salários mínimos).

A primeira fase é chamada “de conhecimento” ou “de cognição”. Só após obter a sentença declarando e/ou constituindo o seu direito, encerrando assim a primeira fase do processo, poderá o interessado requerer o “cumprimento da sentença” obtida no processo de conhecimento pelo procedimento comum, ou a “execução”, cabível quando a ação judicial tramitar como procedimento especial.

Na Alemanha prevalece a tese de que a condenação envolve duas espécies, declarando o direito do autor perante o réu e ordenando que este preste algo ao autor³³. No Brasil, as ações que apenas declarem a existência ou inexistência de uma relação jurídica são consideradas declaratórias. As que criam ou modificam uma relação jurídica são denominadas constitutivas. As que ordenam que o réu preste algo ao autor, impondo determinada obrigação ou prestação, são chamadas de condenatórias.

Segundo Friede Didier³⁴, a sentença de natureza declaratória tem por efeito trazer uma certeza jurídica, por exemplo, a autenticidade ou falsidade de um documento. Por outro lado, a decisão constitutiva tem por conteúdo a certificação e a efetivação de um direito potestativo. Nenhuma dessas sentenças produzirão resultados imediatos. Até mesmo as decisões condenatórias ou que impõem determinadas condutas precisam ser concretizadas no mundo físico, o que somente vai acontecer se o condenado cumprir a ordem que lhe é dirigida:

Isto se dá porque o bem da vida buscado, quando se lança mão de uma ação de prestação, é a própria prestação, ou seja, o resultado do fazer ou do não fazer, a própria coisa ou a quantia cuja entrega ou pagamento se pretende. É por isso que se diz que o direito certificado precisa ser concretizado no mundo físico (DIDIER Jr, 2016).

Essa concretização no mundo físico, via de regra, só acontecerá na segunda fase do processo: na execução ou cumprimento de sentença. As fases anteriores ocorrem no

³³ JAUERNIG Othmar. Zivilprozessrecht. Heidelberg, Verlag C. H. Beck Sche, 30 **Auflage**, 2011. § 34, I, p. 132. No original: “enthält zweierlei: Es stellt das Recht des Klägers gegen den Beklagten fest und befiehlt diesen, an den Kläger zu leisten”.

³⁴ DIDIER, Friede. **Decisões declaratórias e constitutivas não têm eficácia imediata**. Consultor Jurídico. Postado em 27 de Outubro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-27/friede-didier-jr-decisao-declaratoria-nao-eficacia-imediata>, acesso em 15 Jan 2020.

processo de conhecimento. Ou seja, o autor percorrerá um longo caminho (por anos ou até mesmo décadas) até conseguir uma sentença que julgue a causa, mas que provavelmente não terá efeito imediato. Visando corrigir essa dificuldade, o Código de Processo Civil previu algumas ações cautelares, a serem propostas como preparatórias de uma ação principal ou incidentais a esta, com o objetivo de assegurar algumas providências urgentes que terão efeito provisório, só até o término da ação, podendo ser revogadas a qualquer tempo.

Se houver fundado receio de perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, o Código de Processo Civil, possibilitou, ainda, a obtenção de uma “tutela de urgência” antecedente ao processo principal (artigo 303), desde que estejam presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Na ausência desses requisitos, o autor poderá pleitear a concessão da “tutela da evidência”, que poderá ser concedida pelo juiz quando delineadas algumas condições elencadas no artigo 311 do CPC. Estas são: abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; a possibilidade das alegações serem comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; e, a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

A lei adjetiva civil previu ainda, uma outra modalidade de tutela, que não se confunde com a cautelar, nem tampouco com as tutelas de urgência e evidência: a tutela inibitória, objeto desta pesquisa. A grande novidade desse novo caminho jurídico, é constituir-se em ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito, sem depender da fase executória, encurtando o caminho para a obtenção do direito e, via de consequência, tornando a prestação jurisdicional mais efetiva.

Ela tem por objetivo prevenir a prática do ilícito, conforme previsto no artigo 497 do CPC:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Destaca-se no texto legal que a concessão da tutela inibitória se destina às ações que tenham por finalidade a prestação de fazer ou de não fazer, sendo irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. Com isso, essa novidade reposiciona a temática da responsabilidade civil no direito brasileiro, até esse momento voltada para a verificação do dano decorrente da ação ou omissão culposa ou dolosa de seu causador.

Em matéria ambiental a tutela inibitória terá grande utilidade, pois previne a ocorrência do dano à natureza, antes que ele ocorra. Como o Código de Processo Civil entrou em vigor apenas em 2016, ainda não foi possível localizar julgados envolvendo a tutela inibitória no Brasil³⁵.

Esse novo caminho jurídico está concatenado com as novas exigências da contemporaneidade, sendo importante reconhecer a tese professada por Hans Jonas, de que “a promessa da tecnologia moderna se converteu em ameaça, ou se associou àquela de forma indissolúvel”³⁶. Jonas fala ainda do dever de cuidar: do ser e da natureza como dotada de valor intrínseco e não apenas em função do humano, rompendo com a visão antropocêntrica.

No caso *Lluyia*, a Alta Corte Regional de Hamm destacou que o dever de cuidar também está envolvido e também que os estudos científicos atuais já estão aptos a aumentar a previsibilidade do impacto negativo no ambiente resultante das emissões tanto pelos veículos quanto por fábricas, contribuindo para a evolução do dever de padrões de cuidado que se espera sejam adotados pelos fabricantes, a fim de diminuir

³⁵ Buscou-se no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal brasileiro clicando-se no quadro “jurisprudência”, digitando-se o termo “tutela inibitória” nada foi apontado. Repetindo-se esse mesmo procedimento no quadro “notícias”, foi encontrada a matéria sob o título “Questionada decisão do TJ-PR que determinou retirada de publicações da internet”, de quatro de setembro de 2013, informando que a Editora Gazeta do Povo apresentou Reclamação (RCL 16293), questionando uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a qual teria determinado a censura prévia de publicações que mencionem o nome do presidente do Tribunal. Como o assunto não diz respeito a litígio ambiental, a ação não será comentada neste trabalho. Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se o mesmo procedimento, um Recurso Repetitivo foi encontrado: o REsp 1164017 / PI, além de 60 acórdãos, mas nenhum deles diz respeito à tutela inibitória em matéria ambiental, razão pela qual não serão comentados.

³⁶ JONAS, Hans. **O princípio da Responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 21.

os riscos associados às mudanças climáticas. Tais estudos apontam novas opções tecnológicas e de *design*, que podem contribuir para o desenvolvimento sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados obtidos na pesquisa desenvolvida mediante a atuação de equipe multidisciplinar, evidenciam a necessidade de utilização da tutela inibitória em ações envolvendo a conservação do meio ambiente. Isto porque a tutela inibitória não está voltada para o ressarcimento de danos, mas, sim, para a inibição do ilícito. Esta característica é importante e pode contribuir na salvaguarda dos recursos naturais cuja finitude nem sempre pode ser reparada, renovada ou substituída.

Trata-se de um instituto novo no processo civil brasileiro, não tendo sido possível localizar ações envolvendo a tutela inibitória no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a despeito da consulta ao sítio eletrônico oficial do órgão de maior hierarquia do Judiciário brasileiro, equivalente à Suprema Corte em outras nações. Por outro lado, na Alemanha, o caso HUARAZ (LIUYA v. RWE AG) vem alcançando grande repercussão, o que o torna uma referência ímpar para inibir os danos causados pelos emissores de gases responsáveis pelas mudanças climáticas, o que pode levar a efeitos positivos para o mundo todo em termos de aplicação de uma legislação mais eficaz.

É cabível a utilização do caso HUARAZ (LIUYA v. RWE AG) como paradigma à jurisprudência brasileira, especialmente devido às semelhanças entre o direito ambiental brasileiro e o alemão. Ambos possuem uma base comum de princípios aplicáveis, dentre os quais destaca-se o princípio da precaução, tendente a antecipar-se à consolidação dos danos, direcionando o sistema jurídico à adoção de novos padrões éticos no relacionamento entre a pessoa humana e os recursos ambientais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.
2. BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 10 Jan 2020.
3. CARVALHO, Renata Lucas de. Proteção ao Meio Ambiente. Uma Prioridade Alemã. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.15, 1998 (f. 217-225). Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/viewFile/70413/39984>, acesso em 20 Jan 2020.
4. CHALLE, Tiffany. THE HUARAZ CASE (LLUIYA V. RWE) – GERMAN COURT OPENS RECOURSE TO CLIMATE LAW SUIT AGAINST BIG CO2-EMITTER. Posted on December 7th, 2017. Disponível em: <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2017/12/07/the-huaraz-case-lluiya-v-rwe-german-court-opens-recourse-to-climate-law-suit-against-big-co2-emitter/>, acesso em 12 Jan 2020.
5. DEUTSCHLAND. Amtsgericht Essen, Urteil vom Dezember 2016 in der Rechtssache Saúl Anania Luciano. V. **RWE AG, Nr. 2 O 285/15**, S. 3-4). Disponível em: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/static/19023.pdf>, acesso em 10 Jan 2020.
6. _____. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). § 1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1004.html, acesso em 13 Jan 2020.
7. _____. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: <https://www.bundestag.de/grundgesetz>, acesso em 10 Jan 2020.
8. _____. Umwelthaftungsgesetz. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/umwelthg/>, acesso em 20 Jan 2020.
9. DIDIER, Friede. **Decisões declaratórias e constitutivas não têm eficácia imediata**. Consultor Jurídico. Postado em 27 de Outubro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-27/fredie-didier-jr-decisao-declaratoria-nao-eficacia-imediata>, acesso em 15 Jan 2020.
10. ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. **Umweltrecht**, 3 ed. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2010.
11. FERNANDES, Elisabeth Alves. **Movimentos desiguais. Reflexões sobre a proteção internacional das pessoas forçadas a se deslocar por causas ambientais agravadas pelas mudanças climáticas**. Tese de Doutorado (Faculdade de Direito). Universidade de São Paulo – USP, 2013, 226 f. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-06092016-151724/publico/Tese_Elizabeth_Fernandes_revista_COMPLETA.pdf.
12. GROSSI, Paolo. Absolutismo Jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do Direito). **Revista Direito GV**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Volume 1. N.2. P. 191-200. Jun- Dez 2005. Disponível em: [file:///E:/MEUS%20DOCUMENTOS/Downloads/35235-68252-1-PB%20\(1\).pdf](file:///E:/MEUS%20DOCUMENTOS/Downloads/35235-68252-1-PB%20(1).pdf).
13. HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1994-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
14. JAUERNIG Othmar. **Zivilprozessrecht**. Heidelberg, Verlag C. H. Beck Sche, 30 Auflage, 2011.
15. JONAS, Hans. **O princípio da Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.
16. _____. **Pour une éthique du futur**. Paris: Éditions Payot & Rivages, 1998.

17. JUNKER, Kirk W. **Environmental Law Across Cultures: Comparisons for Legal Practice**. Londres: Routledge. 276 p. <https://doi.org/10.4324/9780429397615>. ISBN: 9780429397615.
18. MORIN, Edgard. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2011.
20. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Inglês, Estados Unidos. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
21. PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. The Factory At Chorzow (Claim for Indemnity) (The Merits). Inglês (Estados Unidos) **Germany v. Poland Judgment**. Disponível em: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.html, acesso em 16 Jan 2020.
22. RWE. Disponível em: <https://www.group.rwe/en>, acesso em 09 jan 2020.
23. SARLET, Ingo. **A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar**. Postado em 30 de maio de 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale-apenas-comemorar>, acesso em 17 jan 2020.
24. SACHS, Wolfgang. **Aussagen**. Disponível em: <https://untenlassen.org/dr-wolfgang-sachs-autor-wuppertal-institut.>, acesso em: 21 jan 2020.
25. SEGUIN, Élide. **O direito ambiental: nossa casa planetária**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
26. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
27. WEDY, Gabriel. **Fazendeiro peruano em litígio climático pelo efeito estufa na Alemanha**. Consultor Jurídico. Postado em: 07.12.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-07/ambiente-juridico-fazendeiro-peruano-litigio-climatico-alemanha>, acesso em 21 jan. 2020.
28. WILL, Frank. **Litígios sobre mudanças climáticas**, NJW 2010, 3691 (NJOZ 2010, 2296 ss); Frank, “Klimahaftung und Kausalität”, ZUR 2013, 28 f.; Frank, “Störerhaftung für Klimaschäden?”, NVwZ 2017, 664 ss.