

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

Ano I - Número 4

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Coordenadora Executiva

Ana Amelia Menna Barreto de Castro Ferreira

Conselho Editorial

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Claudete Silva de Araújo Barata

Humberto Jansen Machado

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista Digital.

Instituto dos Advogados Brasileiros

Ano I – Número 4

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

Índice

DOCTRINA

- 4 A Advocacia Trabalhista no Mundo do Judiciário**
Benedito Calheiros Bomfim
- 15 Inviolabilidade de Escritórios de Advocacia e Departamentos**
Jurídicos das Empresas. Sigilo Profissional e Prerrogativas
da Profissão de Advogado
Carlos Roberto Siqueira Castro
- 40 Análise das Questões Jurídicas Envolvidas em um**
Financiamento Imobiliário
José Eduardo Ribeiro de Assis
- 54 Risco Administrativo x Risco Integral. Inteligência do § 6º do**
Art. 37 da CRFB/88
Marcelo Roque Anderson Maciel Ávila
- 62 O Princípio da Igualdade. Considerações sobre Técnica e**
Filosofia
Rogério Borba da Silva e Vinicius da Silva Scarpi
- 75 Convenções Internacionais à Luz da Soberania Nacional**
Sergio Tostes

A Advocacia Trabalhista no Mundo do Judiciário

Benedito Calheiros Bomfim

SUMÁRIO

1. Origem e Raízes **2.** Rábulas, Provisionados e Solicitados **3.** Criação e Subestimação da Justiça do Trabalho **4.** Desinteresse dos Advogados pela Justiça do Trabalho Expansão da Advocacia Trabalhista **5.** Os Advogados e os Concursos para Juiz **6.** Assistência às Partes **7.** Desqualificação da Justiça do Trabalho **8.** Pioneiros da Justiça do Trabalho **9.** Expansão da Advocacia Trabalhista **10.** O FGTS e a Advocacia Trabalhista **11.** Precariedade das instalações da Justiça do Trabalho **12.** Perfil do Advogado Trabalhista **13.** O Regime Militar e a Advocacia Trabalhista **14.** Hipertrofia da Justiça do Trabalho e incremento da advocacia trabalhista **15.** A Crise Econômica e a Advocacia Trabalhista **16.** Perspectivas da Advocacia Trabalhista

1. Origem e Raízes

A origem e a trajetória da advocacia trabalhista, que surgiu com a criação da Justiça do Trabalho, fazem parte da história da própria advocacia no Brasil, da qual se esgalhou. Daí a necessidade de uma abordagem das raízes dessa nova advocacia especializada que nos permitimos introdutoriamente fazer.

Ao tempo do Império, mesmo depois da criação das Faculdades de Olinda e São Paulo, como sabido, os filhos de famílias ricas eram enviados à Europa, notadamente a Portugal, onde se bacharelavam em Direito. Formavam, no Brasil, a elite intelectual, social e política que empalmava os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Toda a comunidade jurídica reunia-se então em torno do Instituto dos Advogados Brasileiros, a única associação jurídica de âmbito nacional da época, fundado para organizar a Ordem dos Advogados, e a ele o Imperador não raro comparecia e frequentemente recorria em busca de pareceres sobre matéria jurídica de interesse do Governo. Nesse período, o diploma de bacharel, por si só, conferia prestígio e status a seu titular. O bacharel e o advogado faziam-se notar pelo uso de um vistoso anel de grau, encaestado com uma pedra preciosa de cor vermelha. Nos dias úteis portava uma indefectível pasta de couro, ainda hoje utilizada por muitos profissionais.

Até a década de 30, os advogados eram, no sentido estrito, típicos profissionais liberais, cujo vínculo com o cliente limitava-se ao exercício do mandato remunerado, embora fosse comum

no desempenho do procuratório, firmarem laços de amizade com o constituinte. Aqueles – e eram muito poucos – que recebiam paga mensal fixa, procuravam ocultar essa modalidade de estipêndio por se tratar de uma prática desusada, atípica, tida como inconciliável com o caráter rigorosamente liberal da profissão. Não se concebia, por vexatória, a figura, ao tempo desconhecida, do profissional assalariado, do advogado de partido.

O advogado ganhava por causa patrocinada. A contratação mediante retribuição fixa mensal teve como ponto de partida, na área trabalhista, a legislação oriunda da Revolução de 1930 e começou a ganhar corpo na década de 40, em decorrência da instalação da Justiça do Trabalho, do desenvolvimento econômico e social do país, da criação e expansão de entidades sindicais, que passaram a constituir seu corpo jurídico, quando a OAB já havia se estruturado. No Rio de Janeiro, a Light, o Banco do Brasil, outras grandes empresas, Sindicatos e Instituições Financeiras foram os primeiros a admitir advogados-empregados. A regulamentação definitiva dessa nova categoria de profissionais, entretanto, só veio a ser implementada em 1994, com o advento do Estatuto da Advocacia.

2. Rábulas, Provisionados e Solicitados

Antes da criação da OAB, em novembro de 1931, existiam no Estado do Rio de Janeiro dois mil Advogados e Solicitadores (equivalentes, hoje, a estagiários) e mais de mil em São Paulo. Exerciam a advocacia também os chamados “Provisionados” (pessoa autorizada a advogar sem ter curso de Direito) e “Rábulas” (praticamente não diplomados da advocacia). Destes últimos, alguns ganharam notoriedade, entre eles, primeiramente, Luiz Gonzaga Pinto da Gama, combatente do abolicionismo e defensor de escravos, obstado de ingressar na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (SP) por ser negro. E, mais tarde, Evaristo de Moraes e João da Costa Pinto, a convite de quem Evandro Lins e Silva, em 1931, estreou no Tribunal do Júri. Entre os “Rábulas”, Evaristo de Moraes, já famoso como tribuno de Júri, defendeu, com êxito, em julgamento de enorme repercussão, o escritor e embaixador Gilberto Amado, acusado de ter assassinado um conhecido jornalista e crítico literário.

Lei de dezembro de 1935 regulou o exercício das profissões de “Provisionado” e “Solicitador” e conferiu às Cortes de Apelação dos Estados o poder de limitar o número de exercentes das duas classes, mediante Carta expedido por cada Comarca. Outra Lei, de 1936, extinguiu a categoria de “Provisionados”, e dispôs sobre contagem de prazo de exercício da advocacia por ambas as classes.

Dado singular – e objeto de comentários maledicentes – residia na coincidência de ser o corpo jurídico da Light, no Rio de Janeiro, constituído, em sua maioria, de advogados, por sinal excelentes profissionais, aparentados de magistrados, particularmente de Desembargadores do Tribunal de Justiça.

3. Criação e Subestimação da Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho, instalada em 1941 ainda sob a esfera administrativa, era malvista e subestimada, relegada à segunda classe, preconceito cujos resquícios não desapareceram de todo até hoje. À CLT irrogava-se a pecha de fascista, cópia da Carta del Lavoro de Mussolini. Essa campanha de descrédito da Justiça especializada veio a ser ressuscitada, radical e sem rebuços, décadas depois, com a proposta de sua extinção, consubstanciada em Emenda Constitucional de iniciativa do Senador Antonio Carlos Magalhães. A intensa mobilização dos advogados trabalhistas e de suas associações muito contribuiu para o malogro da malsinada proposição legislativa.

4. Desinteresse dos Advogados pela Justiça do Trabalho

Escasso era o número de advogados que ainda na década seguinte, se interessavam por nela atuar e, mais raro ainda, a opção pela especialização em direito do Trabalho, tendência que só ocorreria com o incremento da industrialização, muitos anos depois. Durante os dois primeiros lustros de sua instalação, pequeno era o contingente de advogados que manifestavam interesse pela nova Justiça, a qual, por sua exígua dimensão e aparente desimportância, não se mostrava atrativa aos profissionais do direito. Raros os advogados tabalhistas que, nos primeiros tempos, conseguiam viver exclusivamente da nova especialização jurídica. A advocacia trabalhista era comumente exercida como uma atividade paralela, complementar. Quando se patrocinava causa de trabalhadores, o pagamento dos honorários advocatícios, cuja contração geralmente se fazia informalmente, era – e ainda hoje é, salvo exceções - condicionada ao êxito do pleito.

5. Os Advogados e os Concursos para Juiz

Por serem, a esse tempo, ínfimos, aviltantes mesmo, os vencimentos do juiz trabalhista, só advogados malogrados na profissão, à exceção daqueles vocacionados, se candidatavam aos concursos para preenchimento do cargo, primeiro dos quais, no Rio de Janeiro, realizou-se em 1956. Como era urgente preencher de qualquer forma os cargos criados com novas Juntas, o nível técnico dos juízes, em geral, resultou deficiente, falha que se explica também porque ainda não existia Exame da Ordem, nem exame psicotécnico. Á medida que se criavam novas Juntas, eram elas preenchidas com os Suplentes de Presidentes, que afinal se efetivaram como Juízes. Um desses Suplentes, Aléio Vieira Braga, embora originariamente não tivessem eles direito a acesso, veio a se tornar sem concurso Presidente do TRT da 1ª Região, revelando-se um competente, respeitado e digno magistrado. A CLT, inicialmente e mesmo anos após a Constituição de 1946, previa também a figura de Suplentes de Presidentes de TRTs.

6. Assistência às Partes

Nos primórdios da Justiça do Trabalho e até poucos anos depois de sua integração o Poder Judiciário, muitos empregadores compareciam à audiência acompanhados de Guarda-livros ou Contadores, que os ajudavam na defesa da causa. Nessa fase não raro os reclamantes faziam-se acompanhar de advogados, sem que estes tivessem mandato, tomando-se então por termo a procuração “apud acta”, com a qual funcionavam até final do processo.

7. Desqualificação da Justiça do Trabalho

Empresários, advogados, juizes e profissionais da área do Direito comum subestimavam e desdenhavam a Justiça do Trabalho. Acusavam-na de parcialidade, de protetora do trabalhador, em favor de quem decidia sistematicamente. Menosprezavam os colegas de profissão e juizes que nela atuavam. Os advogados eram vistos – e tínhamos consciência disso – com desprezo. A novel Justiça era considerada uma Justiça inferior, e a ela se referiam com menosprezo. Não aceitavam procedimentos inovadores, práticos, econômicos, agilizadores do processo, tais como: direito de autorepresentação das partes; ciência da petição inicial e outros atos processuais por via postal; obrigatoriedade da presença das partes à audiência; contestação oral na assentada desta; obrigatoriedade de proposta de conciliação; exigência de preposto; contestação oral; avaliação de bem penhorado pelo próprio Oficial de Justiça; facultatividade de assistência de advogado e inexistência de honorários de sucumbência. A ação rescisória era expressamente vedada (CLT, art. 836), inexistindo, na prática, embora formalmente admitida, a aplicação dos demais institutos processuais civis. As partes (e advogados) só podiam ter vista dos autos “em Cartório ou na Secretaria” (CLT, art. 901). A gratuidade, o informalismo, a concentração e oralidade processual, características da nova Justiça, afiguravam-se inaceitáveis, subversores do tradicional e conservador ordenamento jurídico e da sedimentadas praxes forenses.

Já de algum tempo, raramente se vê uma contestação oral, as próprias razões finais, em geral, nem são produzidas em audiência, limitando-se o Juiz a consignar, a esse título, que as partes se reportaram ao que consta dos autos. E, quando os advogados requerem, máxime em casos complexos, são elas, com o adiamento da audiência, arrazoadas por escrito. Com isso o processo trabalhista vem se afastando do princípio da concentração e oralidade, suas características marcantes.

Em prefácio a nossa 1ª edição do CONCEITOS SOBRE ADVOCACIA, MAGISTRATURA, JUSTIÇA E DIREITO, assim se refere o ministro Clóvis Ramalhete aos primórdios da Justiça do Trabalho: “Aquela época, presidentes de Junta tinham paciência e dispunham de tempo. Tornavam manifesto o princípio do moderno Processo da intervenção condutora do Juiz. No caso, porém, acrescentavam a refração do propósito de tutela do trabalhador. Era de vê-los. Encaminhavam acordo, sem forçar. Supriam de coragem os depoentes toscos. Aqueles Juizes despiam-se de pompas, em benefício da descontração dos tímidos. No ato de julgar, esses fundadores do

Direito do Trabalho no Brasil foram criando Direito, também, dada a legislação fragmentária e lacunosa de então”.

Honra pois os juizes e advogados desta época inicial que contribuíram para a modelagem de institutos jurídicos inteiros, no vazio ou na lacuna da norma da lei – como foram as questões sobre férias, punição disciplinar, despedida obstativa da estabilidade, períodos descontínuos de relação de emprego e tantas outras, a que a jurisprudência ou criou ou completou o entendimento”.

8. Pioneiros da Justiça do Trabalho

É de justiça evocar, inclusive para homenagear suas memórias, o pugilo de desbravadores da advocacia trabalhista. No Rio de Janeiro, então Distrito Federal, éramos tão poucos, que aqui podemos nominá-los quase todos: Mário Borghini, primoroso tribuno, Alino da Costa Monteiro, Nélío Reis, Antônio Padua Brito, Hirosê Pimpão, Afonso Agapito da Veiga, Alfredo Thomé Torres, Omar Dutra, Haroldo Hagnaga, Júlio Belmiro Araújo, Serverino Bandeira Cavalcanti, Jayme Daguer Muniz de Aragão, Raul Pimenta, Newton Marques dos Reis, Alcebiades Delamare, Antônio Padua Brito e Orozimbo de Almeida Rego. O primeiro deles tornou seu escritório, que aparelhou com valiosa biblioteca, verdadeiro celeiro de excelentes profissionais e de futuros magistrados. Os jovens advogados que compunham sua equipe passavam por verdadeiro estágio profissional, figura formalmente inexistente à época. Os três últimos eram titulares de escritórios especializados em advocacia empresarial. Cotrim Neto, Nélío Reis e Hirosê Pimpão foram também dos primeiros advogados trabalhista a se tornarem autores de obras sobre Direito do Trabalho, cuja literatura, no Brasil daquele tempo, era rara.

Em São Paulo, foram pioneiros da advocacia trabalhista, entre outros: Rio Branco Paranhos, Nelio Batendieri, Cesarino Junior, autor da 1ª CLT comentada, publicada em 1948, pela editora Freitas Bastos. Na Bahia, Orlando Gomes e José Martins Catharino. No Rio Grande do Sul, Afrânio Araújo, Osmar Martins, Edgard Serra, Eli Raskini, o qual tinha peculiaridade de fazer as iniciais na frente do cliente. Em Minas Gerais, José Cabral, Celio Goyatá, Herzik Muzzi, Rodolfo Bhering. No Espírito Santo, Deusdedit Baptista, Eugênio Sette. No Pará, José Augusto Alencar, Itair Sá da Silva, José Ribamar Alvim Soares, Orlando Bitar, que se tornaram, a exceção do primeiro, juizes do TRT. No Paraná, José de Assumpção Malhadas, João Regis Fresbender, Edésio Passos, ainda atuante. Por constituir gesto inusitado, não se pode deixar de assinalar que Orlando Bitar, juiz trabalhista, alçado à posição de grande constitucionalista, recusou o cargo de Ministro do STF. Vale lembrar, a propósito, que, na década de 1960, o então jovem e brilhante Ministro do TST Marco Aurélio Mendes Faria de Mello foi o primeiro magistrado trabalhista, e até agora o único, a integrar o STF. Registre-se que nossa Corte Suprema, apesar de tradicionalmente contar com vários integrantes advindos diretamente da advocacia, nunca teve advogado trabalhista em sua composição.

O que teria levado os primeiros profissionais do Direito, alguns dos quais já com sólida clientela, a optarem pela advocacia trabalhista? Antevisão do futuro promissor da Justiça do Trabalho? Motivação social? Perspectiva de mercado de trabalho? Desejo de dar assistência aos despossuídos? Busca de uma advocacia menos formal, mais próxima da realidade e da efervescência da vida?

Entre os que atuavam na Justiça do Trabalho muito rara era a presença de advogada. No Rio de Janeiro, uma das primeiras a militar nessa área foi Nilza Peres Rezende, culta e digna profissional. Hoje, mais de 40% dos advogados que militam na Justiça do Trabalho do Rio de Janeiro e de São Paulo são mulheres, em sua maioria jovens, seguindo aliás a tendência à feminização da magistratura.

No triênio 2007/2009, a OAB/Nacional teve o primeiro advogado trabalhista, o notável profissional Cezar Britto, na sua Presidência, período em que, também pela primeira vez, um advogado trabalhista – Tarso Genro – ocupou o cargo de Ministro da Justiça.

Outro índice de mudança de costume e de modernização das praxes da Justiça do Trabalho pode ser apontado em Porto Alegre e em algumas Comarcas gaúchas, onde é comum o comparecimento do advogado e até do juiz à audiência em traje informal, sem gravata.

O autor do presente estudo – e só recentemente se deu conta disso - teve papel de precursor na organização, sistematização e publicação da jurisprudência trabalhista, desde a fase administrativa da Justiça. Em 1943 editei, em forma de dicionário, em co-autoria com Victor do Espírito Santo, um repertório de decisões de Juntas de Conciliação e Julgamento e do Ministro do Trabalho, ao tempo em que este tinha competência para, numa espécie de advocatária, reformar os julgados dos órgãos da Justiça do Trabalho. A primeira parte da obra, publicada pelo “Bureau de Informações Jurídicas”, reunia decisões das Juntas de Conciliação e Julgamento, do então Distrito Federal, acórdãos do Conselho Regional do Trabalho, do Conselho Nacional do Trabalho e da Câmara da Justiça do Trabalho. Para esta, cabia recurso, segundo a primitiva redação do artigo 896 da CLT, que dispunha ser admissível “recurso extraordinário das decisões de última instância, quando a) derem à mesma norma jurídica interpretação diversa da que tiver sido dada por um Conselho Regional ou pela Câmara de Justiça do Trabalho; b) proferidas com violação expressa de direito”. Em 1950, ainda em parceria com Victor do Espírito Santo, publicamos, pela Editora Nacional de Direito, novo Dicionário de Decisões Trabalhistas reunindo farta jurisprudência dos mesmos órgãos judiciais e administrativo, relativa ao ano de 1944. Em 1950, já integrada a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, publiquei, editado pela Revista do Trabalho Ltda., o primeiro Dicionário de Decisões (judiciais) Trabalhistas contendo cerca de 2.000 ementas exclusivamente do TRT da 1ª Região, do TST e do STF, referentes a 1947, 1948 e 1949, obra que se constituiu no primeiro repositório de jurisprudência trabalhista de caráter nacional.

9. Expansão da Advocacia Trabalhista

A comprovação de que a advocacia trabalhista progredia, expandia-se, ganhava credibilidade e prestígio, traduziu-se, entre outros, nestes fatos: eleição, na década de 50, de Alino da Costa Monteiro e Alfredo Thomé Torres a Conselheiros da OAB, os primeiros advogados trabalhistas a ocuparem esse cargo; fundação da Associação Carioca de Advogados Trabalhistas em junho de 1963 ascensão de Eugênio Haddock Lobo à Presidência da OAB/RJ e 1998/1999 e à do Instituto dos Advogados Brasileiros no biênio 1990/92, o primeiro advogado trabalhista das duas instituições; criação da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas em junho de 1978, que teve como seu primeiro presidente Celso da Silva Soares; Daí em diante, os advogados trabalhistas, passaram a se reunir anualmente em Congressos nacionais e estaduais.

10. O FGTS e a Advocacia Trabalhista

As condições da advocacia trabalhista, conquanto ainda pouco animadoras, em termos de mercado e de retribuição pecuniária, tendiam a melhorar, quando em 1967 se instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que acabou com a estabilidade decenal e substituiu a indenização por tempo de serviço por depósito obrigatório em conta bancária gerida pelo FGTS. Grande foi a repercussão da medida entre os profissionais que militavam na área trabalhista, pois receava-se que, retirada a indenização, os advogados não teriam como receber a contraprestação de seus serviços, mesmo porque na Justiça do Trabalho não se admitem, ainda hoje, honorários de sucumbência.

11. Precariedade das instalações da Justiça do Trabalho

Tão acanhados nesse tempo, na Capital Federal, eram o espaço e as instalações das seis e, depois, nove Juntas de Conciliação e Julgamento (hoje, Varas do Trabalho), que, com as respectivas Secretarias, o Setor de Distribuição e a sala da Procuradoria, ocupavam, no prédio da Av. Nilo Peçanha, 31, apenas 3 andares. Já o Conselho Nacional do Trabalho (depois, TST), funcionava no 9º andar do edifício do Ministério do Trabalho. O fato de achar-se a Justiça do Trabalho instalada no mesmo prédio fazia com que a população confundisse as duas instituições, até 1972, quando ao Tribunal Superior do Trabalho transferiu-se para Brasília.

Os advogados reuniamos-nos, então na sala da Procuradoria, juntamente com os Procuradores, onde, num clima de cordialidade, aguardávamos ser avisados do pregão das audiências. Devido a esse afável relacionamento, assemelhávamos-nos mais a uma família forense. No resto do país reinava, certamente, o mesmo ambiente amistoso de convívio entre advogados, magistrados e procuradores, fase que hoje pode ser rememorada como quase romântica da Justiça do Trabalho. Do grau dessa relação entre juízes e advogados, diz bem a cena que ocorreu com Délio Maranhão, então Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região,

um dos maiores e mais respeitados juizes da história da magistratura brasileira, embora nomeado ainda ao tempo em que não havia concurso para juiz do trabalho. No dia de um de seus aniversários, um numeroso grupo de advogados militantes da área o surpreendeu em seu gabinete para comemorar a data, presenteando-o com um relógio de pulso, ocasião em que o advogado Ruy Bessone improvisou um belíssimo e emocionante discurso de saudação.

O espírito de colaboração e solidariedade dos advogados trabalhistas com a Justiça do Trabalho pode ser retratado neste insólito episódio. Quando da criação de seis novas Juntas de Conciliação e Julgamento, por falta de espaço, tiveram todas, juntamente com o TRT, de ser transferidas, da Av. Nilo Peçanha para a Av. Almirante Barroso, 52, no qual seriam todos concentrados. Pois bem, quando se concluía a mudança, esgotou-se a verba para esse fim. Sucedeu então que um grupo de profissionais, por iniciativa do advogado Francisco Otávio Loureiro Maia e com a participação de alguns Vogais (juízes classistas) nos cotizámos para informalmente custear o restante da mudança, a fim de que esta não fosse interrompida. Esse episódio, rememorado hoje, não deixa de ter uma conotação até pitoresca.

Em contraste com suas singelas, modestas instalações iniciais, os Tribunais do Trabalho se solenizaram, formalizaram-se, passaram a ocupar sedes suntuosas, com mordomias para seus integrantes, distanciando-se assim de sua principal massa de jurisdicionados, os trabalhadores. Os juízes passaram a vestir toga e, em alguns dos Tribunais, dos advogados foi exigido o uso da beca, ao assomarem à tribuna do Colegiado. Imagine-se se a própria parte, o trabalhador, no uso do "jus postulandi" e vestindo beca e produzindo sustentação oral.

12. Perfil do Advogado Trabalhista

Não têm razão os que minimizam a figura do advogado trabalhista, cuja formação alegam dispensar maiores conhecimentos, estofo intelectual e preparo técnico. Pois, por não existir código Processual do Trabalho nem de Direito Material específico, e sendo o direito comum, quando omissa a CLT, subsidiário desta, exigem-se dos profissionais que militam na Justiça do Trabalho, por isso mesmo, conhecimentos de direito constitucional, processual civil, direito civil, comercial, tributário e demais áreas jurídicas. Por ser o processo do trabalho oral e seus atos concentrados, em audiência única, o advogado, sem tempo para consultar livros e examinar a matéria suscitada em audiência, tem de improvisar sua defesa e réplica, para o que necessita perspicácia, aguda percepção, raciocínio rápido, conhecimento de todos os ramos do direito. Já na Justiça Comum, diferentemente, tudo tem prazo e se processa por escrito no devido tempo. Na comparação das qualificações para o exercício da função de um e outro, deduz-se que do advogado trabalhista é o que se exigem amplos conhecimentos, capacidade e preparo técnico. Pois, tratando-se, de advogados em outras áreas jurídicas, não se requer tenham eles conhecimentos de Direito do Trabalho.

A advocacia trabalhista, tal como a criminal, é exercitada com mais motivação, mesmo porque mexe com sentimentos e emoções. Nem podia deixar de ser assim, uma vez que tem por objeto conflitos sociais, litígios entre os que vendem sua força de trabalho, da qual estes tiram sua subsistência e de sua família, e aqueles que, à custa da apropriação da mão-de-obra, acumulam bens e riquezas. Tais conflitos assumem maior dimensão e tensão, quando envolvem salários, negociações coletivas, dissídios intersindicais, manifestações de classe, reivindicações de melhorias de condições de trabalho, movimentos grevistas.

13. O Regime Militar e a Advocacia Trabalhista

O golpe de 1964, com sua corte de medidas repressoras, congelamento de salários, proibição de greve, repressão a movimentos sociais, prisões, cassação, intimidação de magistrados e advogados, foi recebido também como um duro atentado à advocacia em geral, particularmente a trabalhista e aos defensores de presos políticos. Embora tivesse mantido formalmente os direitos sociais individuais básicos, o regime militar decretou intervenção nos Sindicatos mais organizados e representativos, destituiu as principais lideranças, desestruturou a organização sindical, deixando os trabalhadores sem representação associativa legítima. A advocacia trabalhista tornou-se árdua, exigindo denodo, dedicação, desprendimento, maior independência.

Os magistrados progressistas e independentes foram perseguidos, muitos cassados (aposentados compulsoriamente), entre eles, no Rio de Janeiro, o Desemb. Osny Duarte Pereira, os juizes trabalhistas Cesar Pires Chaves, ex-presidente do TRT e Rubens Andrade; em São Paulo, o juiz do TRT Sá Filho. O advogado Roberto Camargo Presidente do Sindicato dos Advogados do Rio de Janeiro, só para citar um caso, foi preso e torturado, tendo relatado à OAB, logo após sua soltura, as sevícias sofridas.

Outra medida que repercutiu fundamente nos interesses da advocacia trabalhista foi o chamado confisco dos depósitos da poupança, imposto pelo Governo Fernando Collor, causando prejuízos generalizados, deixando todos à mingua de recursos.

Assaz indicativo do clima tenso e das condições adversas vividas pelos advogados trabalhistas nesse período pode ser exemplificado no fato José Carlos Arouca, respeitado militante da advocacia sindical em São Paulo, ter sido impedido de tomar posse no cargo de Juiz do Trabalho depois de aprovado em concurso. Restabelecida a democracia, foi reintegrado no cargo de Desemb. do TRT da 2ª Região.

14. Hipertrofia da Justiça do Trabalho e incremento da advocacia trabalhista

A despeito de tudo, como era inevitável, a Justiça do Trabalho expandiu-se, agigantou-se, tornou-se formal, complexa, técnica, incapacitando, de fato, as partes de se auto-defenderem. Compõem hoje o Judiciário trabalhista mais de mil Varas do Trabalho, 24 Tribunais Regionais

no país, dois dos quais no Estado de São Paulo, além de um Tribunal Superior do Trabalho composto por 27 ministros. Nela tramitam anualmente dois milhões de processos. Esse colossal aparato criou um mercado de trabalho atraente e promissor para os advogados, sobretudo os jovens profissionais. Não se conhecem estatísticas, mas pode-se estimar que mais de 25% dos advogados militantes no país atuem também na Justiça do Trabalho, muitos com exclusividade. A grande maioria das sociedades de advogados mantém um setor especializado em advocacia trabalhista. Nos principais centros do país formaram-se sociedades de grande porte voltadas exclusivamente para a advocacia trabalhista.

15. A Crise Econômica e a Advocacia Trabalhista

A atual crise em que se debate a economia internacional e seus reflexos no Brasil vem provocando fusões, processos de recuperação judicial, fechamento de empresas, falências, demissões em massa, negociações coletivas, inadimplemento de obrigações, fatores que ampliaram consideravelmente o espaço e o horizonte para a advocacia em geral, particularmente para a trabalhista. Os advogados da área estão sendo chamados a dar assistência a toda essa gama de situações e a outras implicações jurídicas e sociais decorrentes da conturbada e difícil conjuntura em que o país e o mundo estão mergulhados.

A Emenda Constitucional 45/2004 ampliou consideravelmente a competência da Justiça do Trabalho, alargando o mercado de trabalho para os profissionais da área.

O STF, contudo, em contraposição ao preceito constitucional, vem restringindo essa ampliação de competência, ao entender que cabe à Justiça comum, e não à do Trabalho julgar ações referentes a servidores públicos, com o que os milhares de processos que tramitam no Judiciário trabalhista serão enviadas às Justiças Estadual e Federal. Decidiu também que a atribuição para apreciar execuções trabalhistas contra empresas em recuperação judicial é da Justiça comum, em cuja Vara corre o processo de recuperação. Na mesma linha de redução de competência, o STJ editou a Súmula nº 13, segundo a qual "Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação da cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente".

A obstinação em considerar o advogado dispensável e em não admitir honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho, mesmo depois do art. 133 da C.F/88 e não obstante o fato de ter a Justiça do Trabalho se tornado técnica, complexa, formal, faz com que seja ela vista como uma Justiça inferior, de segunda classe.

16. Perspectivas da Advocacia Trabalhista

Uma coisa é certa, A advocacia trabalhista, quaisquer que sejam as consequências da atual crise econômica internacional e seus reflexos no Brasil, poderá ter até seus espaços reduzidos, mas não desaparecerá. É possível que ganhe novo contorno, outro perfil, porém, tal como o Direito do Trabalho, mesmo que sofra alteração em sua competência e estrutura, continuará a

existir enquanto houver exploração da mão-de-obra, relação de trabalho entre patrões e empregados. Onde ocorrer divergência, conflito entre as duas categorias, cláusulas contratuais a serem interpretadas, aplicação da legislação específica, haverá necessidade da presença do advogado trabalhista. A intervenção deste será tanto mais necessária quanto mais as empresas demorarem a adquirir consciência de sua função social, o trabalho for considerado mercadoria, o trabalhador peça descartável no empreendimento. Incerto, porém é prever a dimensão e a importância do novo cenário econômico e social no mundo do trabalho depois que a atual crise econômica tiver produzido todos seus efeitos devastadores na economia, na área dos negócios, nas estatísticas do desemprego.

Ex-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Associação Carioca de Advogados Trabalhistas. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Integrante da Comissão de Honorários de Sucumbência da OAB/RJ.

Inviolabilidade de Escritórios de Advocacia e Departamentos Jurídicos Das Empresas

Sigilo Profissional e Prerrogativas da Profissão de Advogado

Carlos Roberto Siqueira Castro

A questão da inviolabilidade dos escritórios de advocacia e bem assim dos departamentos jurídicos das empresas, que constituem local de trabalho dos advogados, sobremodo agravou-se ultimamente tendo em vista o noticiário de sucessivas operações policiais de grande porte que resultaram na devassa de escritórios de advocacia em São Paulo e no Rio de Janeiro, como também na busca e apreensão indiscriminadas de toda sorte de arquivos e documentos relacionados com o exercício da profissão de advogado. Não raro essas ações da polícia judiciária, especialmente da Polícia Federal, resultaram na prisão de advogados, tudo feito com grande estardalhaço e exibição em tempo real nos órgãos da mídia. Ainda mais grave e preocupante é o fato de que esse exibicionismo policial de estilo "hollywoodiano", subespécie de requentado "xerifismo" tupiniquim, foi perpetrado mediante aparato bélico desproporcional, com desnecessário contingente de agentes policiais e armamentos pesados (como fuzis e metralhadoras) e valendo-se da indevida e disseminada utilização de algemas.¹ A divulgação instantânea, em tempo real e em rede nacional pelos canais de televisão, por óbvio previamente informados do local e horário das diligências de busca, apreensão e prisão de pessoas, dentre elas vários advogados, traz a natural e inexorável consequência, com ou sem intenção dirigida a esse propósito inidôneo, de malferir a reputação e a respeitabilidade da categoria profissional dos advogados. Tudo por que incute na opinião pública o sentimento de

¹ Em face dos abusos praticados nessas detenções cinematográficas e na locomoção de presos, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a utilização indiscriminada de algemas viola a incolumidade moral dos detentos, podendo, ainda, importar em prejuízo para a defesa. Assim, por exemplo, no Habeas Corpus 91952 – SP, julgado pelo Tribunal Pleno em 07.08.2008, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, cuja ementa enuncia: "*ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JÚRI – Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do redicto condenatório*".

execração pública e a percepção de que o exercício da advocacia se insere na fronteira da criminalidade, até mesmo com ela se associando, e que se acha contaminado das patogenias ínsitas à delinquência de todo tipo. E em meio a essa avalanche persecutória e da escandalização midiática se esquece que a profissão de advogado, com justas e históricas razões, mereceu, da Constituição e das leis do País, tratamento especial e o reconhecimento de prerrogativas inerentes.

Creio de superlativa importância avaliar esses lamentáveis episódios em cotejo, de um lado, com o poder-dever do Estado, a cargo da polícia judiciária federal e estadual, de realizar eficazmente a investigação policial, de combater o crime e identificar a materialidade e autoria dos delitos, e de outro lado, com os limites constitucionais e legais que indispensavelmente condicionam a validade do exercício da persecução criminal pré-processual e sua divulgação nos veículos da mídia. Enfim, cumpre diferenciar o exercício regular do poder-dever investigatório e a prática do abuso de autoridade policial.

A inviolabilidade do exercício da profissão de advogado resulta, em primeiro lugar, da matriz constitucional, como previsto no Título IV (*Da Organização dos Poderes*), Capítulo IV (*Das Funções Essenciais à Justiça*), ao dispor o art. 133 da Constituição democrática de 1988 que – “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Tem-se aí preceito constitucional auto-aplicável, eis que toca ontologicamente ao direito fundamental do acesso à Justiça e ao contraditório e à ampla defesa, conquanto possa estar sujeito a complementação legislativa ulterior.² Para utilizar a festejada classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, é certo que o privilegiamento da nobilitante função de advogado, alçada em “*função essencial à Justiça*”, consubstancia norma constitucional de *eficácia contida*,³ de conseguinte revestida de auto-aplicabilidade, à semelhança das normas supralegais dotadas de *eficácia plena*, embora

² Tem-se, aí, duas faces do direito constitucional respeitante à profissão de advogado, a saber: (i) direito do jurisdicionado de constituir advogado para a promoção e defesa de seus interesses nas instâncias judiciais, administrativas ou simplesmente privadas, ou seja, na via judicial ou extra-judicial de toda espécie; e (ii) direito do advogado de patrocinar, em plenitude, a promoção e a defesa dos interesses do jurisdicionado seu cliente. Por se tratar, tanto um quanto outro de aspectos da investidura advocatícia, em direito fundamental (direito individual ou coletivo), é o mesmo protegido pela regra constitucional da auto-aplicabilidade constante do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

³ Ao conceber as três modalidades de normas constitucionais no que respeita à sua aplicabilidade, como sejam normas de eficácia plena, de eficácia limitada e de eficácia contida, o eminente mestre da Universidade de São Paulo qualifica estas últimas como sendo normas de “*aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam... Nada obstante, “são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura... Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena...”* (SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros Editores, 3ª edição, 1998, pág. 104).

sujeitáveis a complementação legislativa adventícia, de resto já expressa no Estatuto da OAB e da advocacia (Lei Federal 8.906, de 1994) e demais legislação aplicável ao exercício da profissão de advogado e estruturação de seus órgão de classe. Observem que, ao lado da menção de órgãos, autoridades, funções públicas e atividades empresariais diversas empreendida pela Constituição da República, a única profissão em sentido estrito capaz de ser exercida em caráter privado que foi objeto da contemplação constituinte foi à profissão de advogado. Sem nenhum desmerecimento das demais profissões, o estatuto supremo da nação não se ocupa da profissão de médico, de engenheiro, de contador e das outras mais, que restaram amparadas sob a proteção geral do livre exercício de profissão, trabalho ou ofício, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII).

Tal se deve, a toda evidência, não em razão de interesses meramente corporativos da profissão de advogado, o que moralmente não se justificaria. Mas, sim, à associação íntima e impossível de ser desconectada entre o exercício dos direitos fundamentais, de um lado, e dentre outros, o direito ao acesso à Justiça, ao contraditório e à ampla defesa com os recursos a ela inerentes, ao devido processo legal, à presunção de inocência, à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, à incolumidade física e moral dos detentos e às condições de regularidade da prisão (v.g. Constituição Federal, art. 5º, incisos XXXV, XLIX, LIV, LV, LVI, LVII, LXI, LXV), e de outro lado, a inviolabilidade da profissão de advogado e dos meios, instrumentos, locais de trabalho e prerrogativas próprios ao seu pleno exercício. Daí afirmar a Lei 8.906, de 1994, no art. 2º, § 1º, que o advogado – “*no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social*”. Pelas mesmas razões, e guardadas as diferenças históricas e culturais, a legislação, quando não a própria Constituição, e de um modo geral os estatutos da advocacia em todos os países de formação jurídica civilizada e que prestigiam o princípio do *devido processo legal* e das *garantias da defesa* no sistema acusatório, universalizados sob a cláusula do *due process of law*, que remonta à festejada Magna Carta inglesa do ano de 1215, exibem proteção semelhante no que toca às prerrogativas e inviolabilidades da profissão de advogado.⁴ A título de exemplo, o *Code of Conduct for European Lawyer*, recém editado pela Comunidade Européia, enaltece com grande ênfase a regra de sigilo ou confidencialidade profissional dos advogados, ao dispor: “2.3. Confidentiality. 2.3.1. *It is of the essence of a lawyer’s function that the lawyer should be told by his or her client things which the client would not tell to others, and that the lawyer should be the recipient of other information on a basis of confidence. Without the certainty of confidentiality there cannot be trust. Confidentiality is therefore a primary and fundamental right and duty of the lawyer. The lawyer’s obligation of confidentiality serves the interest of the*

⁴ Sobre essa garantia secular que representa, ao lado do princípio da igualdade ou isonomia, um dos pilares monumentais da teoria constitucional moderna, reporto-me à obra doutrinária que desenvolvi sobre o tema “O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 4ª edição, 2006.

administration of justice as well as the interest of the client. It is therefore entitled to special protection by the State.”.⁵

A inviolabilidade do escritório do advogado e, por forçosa extensão, das dependências ocupadas pelos departamentos e gerências jurídicas das empresas, acha-se duplamente protegida no plano constitucional. Se não bastasse a disposição especial quanto a ser a advocacia uma função essencial à Justiça, que homenageia o princípio da especialidade nesse campo profissional, agrega-se a proteção, sublimada em direito fundamental e, portanto, em cláusula pétrea, respeitante à inviolabilidade da intimidade e da casa de todo indivíduo, conforme o disposto no art. 5º, incisos X, XI e XII da Constituição Federal. O escritório do advogado, aonde quer que se instale, seja em estabelecimento profissional, na própria casa do profissional ou em qualquer outra serventia, em suma, o local de trabalho do advogado, por mais simples e modesto que seja, usufrui, por certo, dessa genérica proteção constitucional. Assim é que o art. 150, § 4º, inciso III, do Código Penal, ao tratar do crime de violação de domicílio, presta reverência ao comando supralegal e estabelece que a expressão “casa”, constante do preceito da Constituição, compreende, para fins da inviolabilidade, “*compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade*”.

Especializando ainda mais essa tutela constitucional e legal, a Lei 8.906/94, no art. 7º, II, estabelece: *são direitos do advogado: II – ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e*

⁵ Na Espanha, o *Código Deontológico de la Abogacia Española*, no art. 5º, item 8, dispõe que o segredo profissional constitui um direito e um dever fundamental da profissão de advogado: *El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacia..* Já o Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, em seu art. 17, § 14, remete aos Colegiados locais a competência para disciplinar diversos aspectos relacionados com o exercício da advocacia. Exemplificando a implementação dessa regra de atribuição, o *Estatuto del Real e ilustre Colégio de Abogados de Zaragoza* estabeleceu, no art. 17, inciso 3, o direito à inviolabilidade dos escritórios de advocacia: *Son derechos de los Ccolegiados: 3. Recabar y obtener del Colégio la protección de su independencia y libertad de actuación profesional en aquellos casos em que las mismas se vean perturbadas o limitadas por cualquier causa.. El amparo del Colégio se extenderá al mantenimiento de la consideración debida al Abogado y, especialmente, a salvaguardar el secreto profesional y la inviolabilidad de los despachos profesionales.* Em Portugal, a inviolabilidade dos escritórios de advocacia é prevista na Lei nº 15, de 26 de janeiro de 2005, que instituiu o Estatuto da Ordem dos Advogados. A regra geral adotada é a inviolabilidade, que só pode ser excepcionada por ordem judicial, devendo a diligência de busca e apreensão ser acompanhada pelo advogado sujeito à investigação e por membro da Ordem dos Advogados. Nesse sentido, preceitua o art. 70, item 1, do referido diploma legal: *Artigo 70 – Imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados. 1 – A imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes no escritório de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço eletrónico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registro da Ordem dos Advogados, só podem ser decretados e presididos pelo juiz competente.* No que concerne à apreensão de documentos, determina o art. 71 do mesmo estatuto: *Apreensão de documentos – 1 – Não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão. ... 4 – Exceptua-se o caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido.*

dados, de uma correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB". Tem-se aí, ademais, a proteção do sigilo de fonte das informações recebidas e a inviolabilidade da comunicação do advogado e seu cliente ou patrocinado a qualquer título, oneroso ou gratuito. Assume especial relevo nesse campo de questões a vedação à interceptação telefônica de conversas entre o advogado e seu cliente, consoante reconhecido em plúrimas decisões de nossos tribunais, mas que tem experimentado toda sorte de violações nos anos recentes.⁶ A sua vez, a regra de sigilo da fonte reproduz a garantia constitucional constante do art. 5º, XIV, ao dispor que – *"é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte quanto necessário ao exercício profissional."* Assim, o advogado, com supedâneo no estatuto da advocacia, possui o mesmo direito ao sigilo que a lei de imprensa confere aos jornalistas e que o direito canônico confere ao padre no *sacramento da confissão*.

Releva assinalar que todas essas prerrogativas não se assentam em justificativas meramente corporativas, eis que visam dar implementação aos direitos fundamentais pertinentes ao acesso à Justiça, ao contraditório e à ampla defesa. Como preleciona a Professora espanhola VERÓNICA LÓPEZ YAGUES, - *"el éxito de la defensa no solo depende de un puntual reconocimiento al imputado del derecho de recibir los servicios del Abogado sino, al tiempo, de la atribución a este último de un conjunto de prerrogativas que le permitan un libre y adecuado desenvolvimiento de la función defensiva"*.⁷ Desse modo, as inviolabilidades dos locais de trabalho dos advogados e as prerrogativas inerentes a essa categoria profissional possuem natureza instrumental, ou seja, visam dar concretude a um conjunto de direitos

⁶ Para se ter uma idéia do quanto chegou o arbítrio do Estado policesco no Brasil, a Comissão Parlamentar de Inquérito das Escutas telefônicas Clandestinas constituída pela Câmara dos Deputados, sob a competente presidência do Deputado MARCELO ITAGIBA, apurou que, apenas no ano de 2007, foram autorizadas pela Justiça 375 mil interceptações telefônicas. O excelente trabalho dessa CPI resultou na adoção de medidas corretoras por parte do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público com vista a impedir a banalização desse instrumento investigatório que só pode ser utilizado em situações extremas e mediante justificativa idônea, sob pena de comprometer com aguda intensidade o direito fundamental à intimidade e à inviolabilidade das comunicações. Nossos tribunais maiores em boa hora começam a insurgir-se contra tais abusos, conforme exemplifica, dentre outros mais colacionáveis, o acórdão do STJ no Habeas Corpus 114.458 – SP, de que foi Relator o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Eis o seguinte excerto do voto: *"...Na espécie, em avaliação superficial, própria do momento, é plausível, pelo teor mesmo da decisão indeferitória da liminar que ora se combate, acima transcrita, conceder, em parte, o pedido, pois houve, ao que decorre do feito, em princípio, indevida interceptação de conversas telefônicas de aparelho do Paciente (advogado), com cliente, no exercício de sua profissão, patrocinando ação cível, o que não se coaduna com a regra inscrita no art. 7º, II, da Lei 8.906/2004, mesmo na sua redação original. Tampouco se compatibiliza com sua inovação oriunda da Lei 11.767/2008, sem se falar na total ausência dos supostos fáticos contidos na nova redação do § 6º do art. 7º do inovador diploma legal"*.

⁷ YAGUES, Verónica López, na obra *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, ano 2003, pág. 112).

constitucionais substantivos, sendo, por isso mesmo, indispensáveis para a boa operação do sistema constitucional no que respeita ao direito de representação e defesa dos jurisdicionados e suas relações com as instâncias de solução de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, da Administração Pública e de todo tipo de Arbitragem. Não é por outra razão que a violação de segredo profissional, que a regra de sigilo visa proteger, restou alçada em tipo penal pela norma do art. 154 do Código Penal Brasileiro, na seção especificamente destinada a tratar dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.⁸ A dogmática civilista também intervém para reforçar o preceito criminalizante. Assim é que dispõe o Código de Processo Civil, no art. 363, IV: *A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa ... se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo*. O concurso das órbitas penal e civil para coibir a revelação de segredo profissional está a demonstrar o caráter de ordem pública e meta-individual de que se reveste o dever de sigilo. Tal significa dizer que a proteção e sanções multi-disciplinares atribuídas à violação de segredo profissional não se justificam apenas para o resguardo da intimidade individual ou por razões de ordem meramente corporativas e deontológicas com relação às profissões e ofícios selecionados pelo legislador (advogados, médicos, jornalistas e padre confessor) para figurarem com destinatários da tutela legal. O bem jurídico protegido por tal sistema protetor revestido de cogência pública diz com premissas basilares do convívio social e com direitos fundamentais de repercussão coletiva de que dependem a Administração da Justiça Pública e a prestação de jurisdição no Estado Democrático de Direito. Nessa linha de convicções bem sustenta DIEGO FAJARDO MARANHA LEÃO SOUZA: *"O sigilo profissional tutela, simultaneamente, dois bens jurídicos. De forma imediata há proteção da intimidade do confitente, aquele que confidenciou o segredo ao profissional. De maneira mediata protege a confiança da coletividade na perenidade dos segredos, ou seja, a expectativa social de que exista uma esfera protegida na relação cliente/profissional de modo que as necessidades individuais sejam satisfeitas"*.⁹ De igual modo, apregoa RODRIGO OCTÁVIO DE GODOY BUENO

⁸ Assim dispõe a nossa codificação penalista: *Violação de segredo profissional* – Art. 154 – *Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Parágrafo único – Somente se procede mediante representação*.

⁹ Cf. LEÃO DE SOUZA, DIEGO FAJARDO MARANHA, no artigo *Sigilo profissional e prova penal*, na Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, vol. 73, julho-agosto de 2008, pág. 150. Esse mesmo autor avança, com propriedade didática, na explicação quanto à *ontogênese* da tutela legal ao sigilo profissional: *"O ponto-chave para a obtenção de um conceito juridicamente coerente de sigilo profissional encontra-se na indispensabilidade das funções exercidas por certas categorias para o corpo social. A existência de determinadas pessoas que executam atividades fundamentais para o atendimento das necessidades individuais é uma aspiração coletiva, pois dela a sociedade não pode prescindir, sob risco de perecimento. É a condição de 'confitente necessário' que torna a profissão digna de tutela pela norma do art. 154 do Código Penal. Vale dizer, a necessidade inafastável de o cidadão se socorrer de determinados serviços (de saúde, jurídicos, contábeis) faz da confiança um elemento indispensável na relação cliente/profissional. Parte-se da premissa de que o confidente voluntário tem apenas um dever moral na manutenção*

CALDAS MESQUITA: “Ressalte-se que o próprio fato de haver norma penal protegendo o sigilo(cf. art. 154 do CP) reforça-lhe o caráter de instituto de ordem pública. Tem caráter público porque seu escopo é garantir a plenitude do direito de defesa cristalizado no art. 5º, LV, da CF/88. Sua função é assegurar o contraditório e a ampla defesa através da ação dos advogados, protegendo, conseqüentemente, os interesses dos clientes e da coletividade”.¹⁰ Tem oportunidade colacionar, ainda, a exposição de PAULO LUIZ NETTO LÔBO, comentando o Estatuto da Advocacia e da OAB: “O sigilo profissional é, ao mesmo tempo, direito e dever. Direito ao silêncio e dever de se calar. Tem natureza de ofício privado (múnus), estabelecido no interesse geral, como pressuposto indispensável ao direito de defesa. Não resulta de contrato entre o advogado e o cliente... O Estado ou os particulares não podem violar essa imunidade profissional do advogado porque estariam atingindo os direitos da personalidade dos clientes, e ‘a fortiori’ a cidadania. O sigilo profissional não é patrimônio apenas dos advogados, mas uma conquista dos povos civilizados”.¹¹

Por outro lado, para fins de determinação do sentido e alcance das inviolabilidades e prerrogativas dos advogados, há que distinguir perfeitamente as situações em que os fundados indícios da prática de crime envolvem diretamente (I) o próprio advogado que concorreu para a prática do delito, ou seja a pessoa do advogado em quem a imputabilidade delitiva recai enquanto sujeito ativo do tipo penal, daquelas situações (ii) em que o suspeito da prática de crime é o cliente ou patrocinado do advogado. A depender das circunstâncias ocorrentes de cada uma dessas hipóteses, o sistema de inviolabilidades e prerrogativas advocatícias operará com maior ou menor intensidade.

Em se tratando de estado de suspeição do cliente do advogado, o art. 232 do Código de Processo Penal (CPP) proíbe a apreensão de quaisquer documentos encontrados no escritório do advogado, assim considerados - “*quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares*”. Por acréscimo, o art. 243, § 2º, do mesmo CPP proíbe a apreensão de qualquer documento que esteja na posse do defensor do acusado, exceto se tal documento constituir elementos do corpo de delito. Por corpo de delito deve-se entender a exteriorização física do

do segredo, mas quando esse confidente se converte em necessário para o titular do segredo, o sistema jurídico interviém para assegurar a supremacia de um interesse que, além de individual, é público. Daí nasce o sigilo profissional” (idem, pág. 121). No direito comparado, veja-se, no mesmo diapasão, a monografia de CARLOS DA SILVA CAMPOS, *O sigilo profissional do advogado e seus limites*, na Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa, ano 48, setembro de 1988, págs. 471 e segs.

¹⁰ CALDAS MESQUITA, RODRIGO OCTÁVIO DE GODOY BUENO, no artigo *Do sigilo profissional do advogado: natureza jurídica, extensão, limites e restrições*, na Revista dos Tribunais, ano 97, volume 869, março 2008, pág. 78. Mencione-se, ainda, o estudo de LEANDRO BITTENCOURT ADIERS, *A privacidade e os sigilos telefônico, profissional e bancário*, na Revista dos Tribunais, ano 91, volume 800, junho de 2002, págs. 145 a 185.

¹¹ LÔBO, PAULO LUIZ NETTO, *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2002, págs. 58-59.

crime de matriz material (*delicta facti permanentis*), ou seja, notadamente a pessoa ou a coisa sobre a qual se tenha praticado o ato criminosos, os objetos e instrumentos empregados e os vestígios deixados pela prática delitiva. Cuida-se, aí, da categoria do corpo de delito, que constitui pressuposto indispensável da prisão preventiva prevista no art. 311 do CPP. Por força do precitado art. 242, § 2º, do CPP, penso que quaisquer outros elementos probatórios que não constituam estritamente o corpo de delito, como computadores, contratos de honorários, pareceres jurídicos, notas técnicas, arrazoados, cartas, e-mails, arquivos, pastas do cliente, repertórios legislativos e de jurisprudência etc., que estejam na posse ou à disposição do advogado e que sejam instrumentos da profissão advocatícia, não poderão ser objeto de busca e apreensão conforme ultimamente tem se verificado na prática da Polícia Federal. Isto sem esquecer os documentos e arquivos privados da pessoa do advogado, como relação de endereços, de telefones, de e-mails, talões de cheque ou movimentações bancárias que, por igual, jamais poderão ser apreendidos a pretexto da persecução criminal em face de terceiros.

Nada obstante, quando se tratar da hipótese, por certo deplorável, do advogado incurso pessoalmente na prática de crime, seja atuando de forma isolada ou em co-autoria com um eventual cliente, a investigação policial poderá ser mais ampla, sujeita, porém, em qualquer caso, às limitações genéricas que decorrem, já agora não mais, especificamente, do estatuto da profissão de advogado, mas da Constituição e da legislação processual penal, no que toca à tutela da intimidade e à inviolabilidade de domicílio. O jornalista ANDRÉ PETRY junta comentários, conquanto leigos mas sobremodo apropriados, a essas situações distintas e que não raro são confundidas pelos órgãos de imprensa e pelo público em geral: *"O escritório de um advogado pode ser invadido caso ele próprio seja suspeito de um crime – como o advogado de Dinho Porquinho, que oferecia suborno. Mas jamais no caso de suspeita de seu cliente. E isso por uma razão elementar: o advogado tem direito ao sigilo profissional, do mesmo modo como o jornalista tem direito a manter sigilo sobre sua fonte e o padre tem direito a manter segredo sobre o que lhe contam os fiéis no confessionário. É assim que funciona numa democracia, num regime de liberdade. O sigilo do advogado, porém, não existe para protegê-lo. Existe para proteger o cidadão, para que tenhamos todos nós, inocentes ou culpados, o elementar direito à defesa plena. O sigilo de fonte do jornalista também não existe para agradar ao jornalista, mas para assegurar à sociedade o acesso ao mais amplo leque de informações possíveis"*.¹² Com efeito, uma coisa é o cliente delinquente e patrocinado por advogado no exercício regular da profissão, outra coisa é o advogado que, atuando de forma isolada ou em co-autoria com o próprio cliente ou com terceiros, pratica crime e se torna alvo da investigação policial. Impende advertir, nada obstante, que poderá haver, aí, uma zona

¹² PETRY, ANDRÉ, na reportagem sob o título *Advogados picaretas: Batalha contra invasão de escritórios deve ser da sociedade*, na Revista VEJA, edição de 18 de maio de 2005.

cinzenta e fronteiriça, que os autores anglo-saxônicos designam de “*bordline*”, entre a eventual prática de abuso do exercício regular da profissão e o efetivo cometimento de crime por parte do advogado, não raro de difícil demarcação. Isto exige, por certo, um percuciente sopesamento dos fatos e circunstâncias objeto da investigação. Tudo a fim de que não se confunda, em detrimento das prerrogativas constitucionais e legais da advocacia, entre as situações de abusividade no desempenho dos misteres profissionais, caracterizado pelo desbordamento das regras de boa conduta e da ética próprias ao regular exercício da profissão, de um lado, e a prática de crime comum que possa ser atribuída ao indivíduo advogado, de outro lado. Assim, por exemplo, a ocorrência de excesso de mandato ou de extrapolação do procuratório judicial, que não importa na prática de crime, mas que pode importar em responsabilidade civil do advogado e/ou em sanções disciplinares aplicáveis pelo respectivo órgão de classe. Daí dispor o art. 32 do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/1994) que “*o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa*”. Já o parágrafo único desse mesmo dispositivo legal acrescenta: “*Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria*”. O reportado estatuto da profissão, por outro lado, comina a sanção de nulidade aos “*atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia*” (art. 4º, parágrafo único). Inúmeros outros exemplos de infrações disciplinares podem ser colhidos no extenso elenco de tipos infracionais que se contém no art. 34 da precitada Lei 8.906/1994, e que, em tese, não configuram a prática de crime por parte do advogado. Bem por isso, quando ocorrentes, não exoneram o dever de respeito às inviolabilidades e sigilo profissional imposto, nomeadamente, às autoridades públicas e à sociedade em geral. Pode-se citar, dentre elas, as infrações disciplinares descritas no inciso VI do diploma estatutário (“*advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior*”) e no inciso XIV (“*deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária e de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa*”). Essas figurações de abusividade profissional situam-se no âmbito das infrações de caráter disciplinar, enquanto tais sujeitas ao poder de polícia e correccional exclusivo dos órgãos competentes da Ordem dos Advogados do Brasil. Refogem, pois, inteiramente, ao poder investigatório da polícia judiciária e do Ministério Público, eis que associado tão apenas à atividade de persecução criminal. Por essa razão específica, o cometimento de infração disciplinar jamais desobriga os agentes estatais incumbidos dos atos de investigação do imperioso dever de respeitar e fazer cumprir as regras de inviolabilidade dos locais de trabalho do advogado e de proteção ao sigilo profissional. Para que o exercício da profissão de advogado não sofra qualquer tipo de constrição ou perturbação externa e, sobretudo, para que não se descambe para o abuso na investigação policial e nas diligências de busca e apreensão, impõe-se, de conseguinte, sempre

e sempre, salvaguardar as inviolabilidades e prerrogativas que decorrem, objetivamente e independentemente de qualquer outra condição, do simples registro profissional no quadro de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, de consonância com o disposto no art. 3º da Lei 8.906/1994: *“o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”*. Esse registro profissional faz resultar, de per si, o regime de paridade e equidistância entre os advogados, os magistrados e membros do Ministério Público, além do dever de respeito e de não ingerência nos atos da profissão de advogado imposto a todas as autoridades e servidores públicos. Em textual: art. 6º - *Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos*. Parágrafo único - *As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho*.

Impende assinalar que a inviolabilidade do sigilo profissional torna indevassáveis todo e qualquer tipo de informação resultante da interlocução verbal, escrita ou digitalizada entre o advogado e seus clientes, bem como todos os documentos, cartas, mensagens, anotações, gravações, fotografias, filmes, agendas, minutas de arrazoados forenses, pastas, computadores, sistemas de informática, ‘softwares’, ‘hard disks’, disquetes, telefones celular, ‘i-phones’, ‘blackberries’, acervo doutrinário e jurisprudencial já colacionado, a biblioteca como um todo, elementos de prova utilizáveis no processo judicial, administrativo ou de arbitragem, enfim, toda sorte de registros físicos, e arquivos de computador, analógicos ou digitalizados, de primeira ou de última geração, que traduzam a relação advogado-cliente ou os trabalhos e estratégias de defesa elaborados pelo profissional da advocacia. Nesse particular aspecto, a relação das fontes e das peças de informação, e respectivas matrizes, é a mais ampla possível, compreendendo inclusive e notadamente os mais sofisticados avanços tecnológicos no campo da comunicação, do registro e da base de dados de informações. Como bem exposto por MARCO ANTONIO DE BARROS - *“O advogado está submetido a rigoroso dever ético, moral e legal de preservação do sigilo, principalmente na área criminal, pois a exigência de obediência ao segredo funda sua prevalência no princípio constitucional da garantia da defesa. Com certeza o sigilo inviolável a que se submete o advogado não se resume apenas ao que lhe for transmitido pelo cliente, mas também às anotações, documentos, cartas a que tiver acesso e tudo mais que lhe chegar ao conhecimento no exercício do seu mister”*.¹³ De um modo geral, a jurisprudência brasileira tem prestado boa reverência ao princípio do sigilo profissional do advogado e da inviolabilidade do seu local e materiais de trabalho. Assim, por exemplo, o acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no MS 23.452-1-RJ, Relator Ministro CELSO

¹³ MARCO ANTONIO DE BARROS, *Sigilo profissional. Reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas*, na Revista dos Tribunais, ano 85, volume 733, novembro de 1996, pág. 433.

DE MELLO, julgado em 16.09.1999, onde lê-se: *"A inviolabilidade do advogado alcança seus meios de atuação profissional, tais como o seu escritório ou locais de trabalho, seus arquivos, seus dados, sua correspondência e suas comunicações. Todos esses meios estão alcançados tradicionalmente pela tutela do sigilo profissional. A ampla utilização da informática pelo advogado, com sua crescente miniaturização, faz estender a inviolabilidade aos dados e arquivos de computador, mantidos em seu local de trabalho ou que transporte consigo. O Estatuto da OAB refere-se a escritório e local de trabalho. Entende-se por local de trabalho qualquer um que o advogado costume utilizar para desenvolver seus trabalhos profissionais, incluindo a residência, quando for o caso. A atual revolução tecnológica aponta para a realização à distância de serviços ligados por redes de comunicação, sem o deslocamento físico das pessoas. Em qualquer circunstância, o sigilo profissional não pode ser violado..."*¹⁴

Por força de natural extensão da regra de sigilo profissional, está o advogado exonerado do dever de prestar depoimento como testemunha com relação a fatos relacionados com seus clientes. Seria assaz contraditório impor-se ao advogado o dever do sigilo e obrigá-lo a depor de forma contrária ou inservível aos interesses de seus clientes, isto tanto na jurisdição civil quanto criminal. Nesta última, ainda com mais razão, eis que na mais das vezes está em jogo o bem mais precioso da existência, como seja a liberdade de seus clientes ou patrocinados a qualquer título. A matriz normativa dessa imposição de sigilo é o comando do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal: *"é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional"*. A esse propósito, já tive a ocasião de sustentar em obra doutrinária: *"Este (o segredo profissional), como categoria jurídica primária no contexto enfocado, radica nas indispensáveis virtudes da liberdade e da ética profissional, que garantem a preservação das informações de cunho pessoal segredadas em razão do ofício, consoante se dá, assinaladamente, como relação aos profissionais de jornalismo, da medicina e da advocacia. A importância da salvaguarda do sigilo de informações, inclusive quanto ao segredo de profissão, expressa-se na tipificação dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos, notadamente a divulgação de segredo em geral e, em específico, a violação de segredo profissional, objeto dos artigos 153 e 154 do Código Penal brasileiro"*.¹⁵ São muito bem lançadas, nesse campo de questões, as lições de ADA PELLEGRINI GRINOVER, SCARANCE FERNANDES e GOMES FILHO, ao advertirem que o direito constitucional à produção da prova não é absoluto, eis que se submete à natural restrição do princípio da convivência das liberdades, cuja meta é não permitir que qualquer delas seja

¹⁴ Cf. Diário da Justiça de 12.05.2000.

¹⁵ SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, págs. 552-553.

exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.¹⁶ Prevalecem necessariamente certos limites à instrução probatória, dentre eles a proibição quanto ao depoimento de pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão acham-se sujeitas ao dever de guardar sigilo, conforme previsto no art. 207 do Código de Processo Penal e art. 355 do Código de Processo Penal Militar. De forma específica, o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94), inclui dentre os direitos e prerrogativas dos advogados, no art. 7º, inciso XIX, *“recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”*. A jurisprudência de nossos tribunais tem reconhecido essa prerrogativa estatutária dos advogados em plúrimos julgados, qual se vê na eloquente decisão estampada no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 48.843 – MS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 31.10.2007, Relator Ministro NILSON NAVES, cuja ementa enuncia: *“Advogado (testemunha). Depoimento (recusa). Conhecimento dos fatos (exercício da advocacia). Sigilo profissional (prerrogativa). Lei nº 8.906/94 (violação). 1. Não há como exigir que o advogado preste depoimento em processo no qual patrocinou a causa de uma das partes, sob pena de violação do art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). 2. É prerrogativa do advogado definir quais fatos devem ser protegidos pelo sigilo profissional, uma vez que deles conhece em razão do exercício da advocacia. Optando por não depor, merece respeito a sua decisão”*.¹⁷

As provas obtidas mediante a violação da inviolabilidade dos locais de trabalho dos advogados ou ultraje ao resguardo do sigilo profissional dessa nobre profissão acarretam a nulidade absoluta da produção probatória. A Constituição democrática de 1988 de forma inovadora reforçou a interdição das provas obtidas com desrespeito a essas garantias da instrução processual, ao preceituar no art. 5º, inciso LVI: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Com efeito, o legislador constituinte incluiu no elenco dos direitos fundamentais a prerrogativa dos jurisdicionados e investigados em geral de não terem que contraditar provas colocadas à margem da legalidade, as quais não podem ser levadas em consideração pelo Juízo processante e que, de resto, não se prestam a fundamentar decisões judiciais de qualquer natureza, na jurisdição tanto cível quanto criminal. A relação processual, no que toca à produção dos meios de prova, há de pautar-se no regime indesviável da ilicitude, sob pena da nulidade dos atos conducentes à demonstração dos fatos pertinentes às pretensões deduzidas em juízo ou na investigação pré-processual, o que vale tanto para o inquérito policial quanto para o inquérito civil público no âmbito da polícia judiciária e da

¹⁶ Cf. GRINOVER, ADA PELLEGRINI; SCARANCE FERNANDES, ANTONIO; GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES, *As nulidades no processo penal*, Malheiros Editores, 3ª edição, 1993, pág. 104.

¹⁷ Cf. inteiro teor desse acórdão no Site certificado do STJ, documento 734541, DJ de 11.02.2008.

instituição do Ministério Público. Trata-se de exigência constitucional conformadora da regularidade ética do processo de toda natureza e em qualquer instância administrativa ou judicial. Em suma, consoante já tive a oportunidade de sustentar, *“é necessário que as provas produzidas sejam idôneas, eis que contraria o princípio da justiça nas relações processuais, tanto civis quanto criminais, a utilização de meios de prova obtidos ilicitamente”*.¹⁸ Em qualquer caso, e com rechaço de qualquer sofisma ou argumentação tergiversante, a prova obtida por meios ilícitos é irremediavelmente nula e não pode ser considerada para quaisquer fins de direito. A professora ADA GRINOVER espanca as dúvidas que possam remanescer quanto à inadmissibilidade de tais provas: *“A Constituição preocupa-se com o momento da admissibilidade, pretendendo claramente impedir os momentos sucessivos de introdução e valoração da prova ilícita. Mas, suponhamos que a prova, embora considerada inadmissível pela Constituição, venha a ser admitida no processo. E que a prova ingresse no processo, vulnerando a regra constitucional. De duas, uma: ou partimos para a idéia de que nesse caso a atipicidade constitucional acarreta, como consequência, a nulidade absoluta e, portanto, no plano processual, a prova admitida ‘contra constitutionem’ será nula e nula será a sentença que nela se fundar, ou então, numa interpretação mais consentânea com a norma constitucional, firmamos o entendimento de que a Lei Maior, ao considerar a prova inadmissível, não a considera prova, tem-na como ‘não-prova’, como prova inexistente juridicamente. Nesse caso, será simplesmente desconsiderada”*.¹⁹ O Supremo Tribunal Federal tem reiteradas vezes afirmado a imprestabilidade das provas obtidas por meios ilícitos. No julgamento do Habeas Corpus 69.912/RS, realizado em 16 de dezembro de 1993²⁰, sendo Relator o Ministro SEPULVEDA PERTENCE, o Ministro CELSO DE MELLO deixou externado em seu judicioso voto vista: *“O fato irrecusável é que a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, mínimo que seja, de eficácia jurídica. A ‘exclusionary rule’ – considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pela Polícia e pelo Ministério Público – destina-se, na abrangência de seu conteúdo, a proteger, pelo banimento processual de evidências ilicitamente coligidas, os réus criminais contra a ilegítima produção ou ilegal colheita de prova incriminadora”*. A sua vez, o Ministro Relator SEPULVEDA PERTENCE adentrou a questão da prova obtida por derivação da prova ilícita consistente na interceptação telefônica, para considerar inadmissível e nula a sua utilização no processo

¹⁸ Cf. SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 4ª edição, 2006, págs. 294 e 295.

¹⁹ GRINOVER, ADA PELLEGRINI, *A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal*, na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, junho de 1992, pág. 34.

²⁰ Cf. publicação no Diário da Justiça da União de 25 de março de 1994.

penal: "... Desse modo, sem necessidade de reexame de questões de fato, o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos 'fruits of the poisonous tree': é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas... De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta da gravação clandestina de conversas privadas". Já no Habeas Corpus 93050/RJ, julgado em 10 de junho de 2008, sob a relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, a 2ª Turma do STF focalizou a questão da prova obtida mediante busca e apreensão de documentos em escritório de contabilidade sem mandado judicial. O excerto da ementa desse aresto é bastante ilustrativa: *"FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI)... - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – HABEAS CORPUS DEFERIDO... Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do 'due process of law' e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal..."*²¹ É assinalável que se a proteção constitucional respeitante à inviolabilidade de domicílio restou reconhecida a um escritório de contabilidade, ainda com maiores razões haverá de ser proclamada em prol do local de trabalho do advogado, seja este o seu escritório, sua residência ou o departamento ou gerência jurídica dos estabelecimentos empresariais, considerando que a advocacia foi alçada, constitucionalmente, em função essencial à Justiça, ao mesmo tempo em que, como antes anotado, os locais de trabalho do advogado mereceram especial e específica proteção da Lei 8.906/1994.

²¹ Cf. publicação do acórdão no DJ de 1.8.2008.

Com vistas a se evitar toda sorte de excessos na persecução criminal a cargo da Polícia Federal, o Ministério da Justiça, com expressa invocação das normas do art. 5º, X e XII, da Constituição Federal (que asseguram a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações), e arts. 240 a 246 do Código de Processo Penal, editou as Portarias nºs. 1.287 e 1.288, ambas datadas de 30 de junho de 2005. O primeiro desses atos ministeriais acha-se fundamentado na *"necessidade de uniformizar e disciplinar as ações da Polícia Federal relativas ao cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão"*, como também *"na importância de assegurar que as ações policiais se dêem no estrito cumprimento de dever legal e que se circunscrevam ao objeto do mandado judicial, prevenindo a prática de atos que extrapolem seus estritos limites"*. Já a segunda mencionada Portaria do Ministro da Justiça estabelece instruções específicas sobre a execução de diligências da Polícia Federal para cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão em escritórios de advocacia, *"considerando que nessas ações as prerrogativas profissionais não podem se impor de forma absoluta nem, tampouco, o poder da autoridade policial deve se revestir de caráter ilimitado, devendo sempre prevalecer o bom senso e o equilíbrio, para que se realize o superior interesse público"*. Relewa destacar no texto da Portaria nº 1.287/2005 a regra do artigo 1º, onde lê-se: Art. 1º - *Ao representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, a autoridade policial indicará fundamentadamente as razões pelas quais a autorização da diligência é necessária para a apuração dos fatos sob investigação, instruindo o pedido com todos os elementos que, no seu entender, justifiquem a adoção da medida.* Parágrafo único: *A representação da autoridade policial indicará, com a maior precisão possível, o local e a finalidade da busca, bem como os objetos que se pretende apreender.* Além disso, o art. 2º do mesmo ato ministerial determina que *"O cumprimento do mandado de busca e apreensão será realizado: ...IV – sem a presença de pessoas alheias ao cumprimento da diligência; e V – preservando ao máximo a rotina e o normal funcionamento do local da diligência, de seus meios eletrônicos e sistemas informatizados.* A sua vez, a Portaria nº 1.288/2005 estabelece, dentre outras diligências e cautelas: Art. 1º - *Quando no local em que se requer a busca e apreensão funcionar escritório de advocacia, tal fato constará expressamente na representação formulada pela autoridade policial para expedição do mandado.* Parágrafo único - *Antes do início da busca, a autoridade policial responsável pelo cumprimento do mandado comunicará a respectiva Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, facultando o acompanhamento da execução da diligência.* Art. 2º - *As diligências de busca e apreensão em escritório de advocacia só poderão ser requeridas à autoridade judicial quando houver, alternativamente: I – provas ou fortes indícios da participação de advogado na prática delituosa sob investigação; II – fundados indícios de que em poder do advogado há objeto que constitua instrumento ou produto do crime ou que constitua elemento do corpo de delito ou, ainda, documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração.* Merece destaque, ainda, o disposto no art. 3º: *A prática de atos inerentes ao exercício regular da atividade profissional do*

advogado não é suficiente para fundamentar a representação pela expedição de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia.

Conquanto de louvável inspiração, não me agrada a idéia de submeter a eficácia plena de direitos e prerrogativas emergentes da Constituição e da legislação ordinária (Código de Processo Penal) à complementação de subalterna hierarquia por via de portaria ministerial. A ordem constitucional democrática não pode ser desautorizada diuturnamente por práticas de desobediência por parte dos órgãos e agentes da polícia judiciária e, por inopinada força de uma portaria ministerial, recuperar sua eficácia e cogência pública.²² Isto deixaria no ar a impressão de que *"só uma Portaria nos salva dos abusos de autoridade!"*. Ou bem a Constituição e a legislação processual penal têm sua efetividade respeitada e concretizada no dia a dia do serviço público da polícia judiciária, e nesse caso as sobreditas Portarias do Ministro da Justiça assumem o reduzido papel que lhes são próprios, como seja o de tornar efetivos as normas de superior investidura e desse modo contribuir para melhor ordenação interna, no âmbito das repartições policiais, do exercício da função investigatória e da persecução dos delitos; ou bem desbordamos para uma perigosa e irremediável situação de apostasia e ineficácia das normas constitucionais e legais que devem reger (e constranger), com eficácia plena, os atos da investigação policial em face dos direitos e prerrogativas da profissão de advogado, cuja fonte primária é a Constituição da República. A não ser assim, pouco adiantaria, para a implementação dos direitos fundamentais, a enunciação solenemente proclamada pelo art. 133 da Constituição Federal, no sentido de ser a advocacia, tanto pública quanto privada, uma função essencial à Justiça, bem como no sentido de ser o advogado indispensável à administração desse poder orgânico da soberania do Estado brasileiro. Bem por isso, as referidas portarias ministeriais, em que pese sua louvável inspiração, são desnecessárias e supérfluas, no que respeita à essencialidade da operância dos sistemas jurídico pátrio, eis que a normativa constitucional e legal é auto-aplicável e perfeitamente inteligível para a boa concreção da tutela das inviolabilidades e prerrogativas dos advogados.

²² Não se pode esquecer, nesse conjunto de questões, que a portaria, assim como os avisos e circulares expedidos por Ministros de Estado, que são auxiliares político-administrativos do Presidente da República, por tradicional definição constitucional (cf. arts. 84, II, e 87 da Constituição Federal de 1988), traduzem atos de quarto escalão hierárquico, destinados a prover, no âmbito dos Ministérios que integram a administração direta do Poder Executivo, a boa e perfeita execução da Constituição, das leis e dos decretos do Presidente da República. Enquanto normas destinadas a implementar os comandos normativos de 1º (Constituição), de 2º (leis e atos legislativos formais a ela equiparados) e de 3º (decretos e regulamentos do Presidente da República) graus na hierarquia das normas, isto no que se relaciona com a organização e serviços próprios de cada Ministério, não podem tais atos ministeriais inovar na ordem jurídica, nem deles dependem a eficácia plena dos atos-regra de maior graduação. Daí sustentar, com a habitual proficiência, o saudoso PONTES DE MIRANDA: *"As instruções, que os Ministros de Estado expedem, como os avisos, as circulares e as portarias, são fontes jurídicas inferiores às leis e aos regulamentos, a que se reportam e a cuja boa execução se destinam. A Constituição reconhece-lhes a existência no quadro das regras de direito; porém, por sua natureza, não criam, nem alteram, nem extinguem direitos, pretensões, deveres e obrigações, ações ou exceções..."*

Ademais disso, a redação da Portaria nº 1.288/2005 do Ministério da Justiça exhibe contradições e excessos insuperáveis que, se aplicada à risca, poderá periclitir o conjunto de garantias da ampla defesa e do contraditório processual centradas na atuação independente dos advogados e da regra de sigilo profissional. Por oportuno, vale reproduzir, neste passo a crítica percuciente de NILO BATISTA ao comentar: *"A Portaria nº 1.288, de 30.06.05, com o qual S.Exa. pretendeu disciplinar a atuação da Polícia Federal nessas diligências, entretanto, cabe naquelas decepções em que a emenda piora o soneto. Prescreve dita Portaria que tais diligências 'só poderão ser requeridas à autoridade judicial quando houver... fundados indícios de que em poder do advogado há objeto que constitua instrumento ou produto do crime, ou que constitua elemento do corpo de delito, ou ainda documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração' (art. 2º, inciso II). Ora, a lei só abriu exceção para 'documento que constitua corpo de delito' (art. 243, § 2º, do CPP). Como pode a Portaria admitir a diligência referida a 'produto do crime' (para alguns membros daquela CPI, o interesse pelos honorários do advogado tinha este matiz), ou a 'documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato', cláusula tão genérica que equivale a abrir indiscriminadamente todos os escritórios de advocacia à inspeção policial? No artigo 4º, quando a Portaria proíbe – 'salvo expressa determinação judicial em contrário' – a apreensão de 'documentos relativos a outros clientes', fica bem claro que saímos definitivamente do velho modelo democrático, e que se trata de invadir escritórios para colher efetivamente prova contra seus clientes. A 'expressa determinação judicial em sentido contrário', ou seja, a ordem de uma busca e apreensão em todos os arquivos de escritório de advocacia, é tão flagrantemente ilegal que melhor seria recomendar que a polícia não a cumprisse".*²³

Avanço extraordinário nesse campo de questões foi conquistado com a promulgação da Lei nº 11.767, de 7 de agosto de 2008, que alterou e acrescentou disposições ao art. 7º da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia e da OAB. Trata-se, na origem, de projeto de lei de iniciativa do ilustre Deputado MICHEL TEMER, de São Paulo, que representa uma notável conquista para a advocacia brasileira e para aprofundamento do sistema de garantias que cercam a investigação policial. Sua aprovação pelo Congresso Nacional e subsequente sanção pelo Presidente da República contou com o operoso apoio da Direção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a liderança de seu atual Presidente Cesar Britto. Em síntese, esse novo diploma legal alterou a norma do inciso II do art. 7º da Lei 8.906/94, para incluir, dentre os direitos dos advogados – *"a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia"*. Além disso, acrescenta dois parágrafos ao mesmo art. 7º, com a redação seguinte: § 6º - *Presentes*

²³ Cf. BATISTA, NILO, o artigo *A criminalização da advocacia*, publicado na Revista de Estudos Criminais, editada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, nº 20, ano 2005, pág. 91.

indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do 'caput' deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. A seu turno, o § 7º acrescentou a seguinte disposição: A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade. Esses dois novos preceitos incluídos no Estatuto da Advocacia e da OAB objetivam bem distinguir as situações a que antes me referi, como sejam a da investigação policial em razão da suposta prática de crime cometido pelo advogado, de um lado, e da investigação pela prática de crime cometido por um cliente do advogado em autoria única ou em co-autoria com o seu patrono profissional da advocacia. Na primeira hipótese, em explícita reverência ao cânone do sigilo profissional que deve resguardar a comunicação entre o advogado e seu cliente, fica expressamente assegurada a inviolabilidade da documentação e de quaisquer objetos que materializem a relação advogado-cliente, cuja proteção, já se viu, repousa no paradigma constitucional. Em qualquer caso, porém, a quebra da inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado subordina-se ao princípio da “*reserva de jurisdição*”, a significar que somente por decisão motivada (e suficientemente motivada) da autoridade judicial competente poder-se-á proceder às diligências de busca e apreensão nos recintos em que é exercida a profissão de advogado. Assim sendo, fica vedada, desde logo, autorização por magistrado que não seja o *juiz natural* que esteja a cargo da investigação criminal, ficando proscritas, ainda, autorização oral ou transmitida por via telefônica pelo juiz à autoridade policial. A decisão que determina o adentramento no escritório ou local de trabalho do advogado há de ser lavrada por escrito nos autos do inquérito policial ou procedimento investigatório devidamente autuado, da qual constarão, de forma circunstanciada, as razões que induzem à convicção ou fundada suspeita de que o advogado incorreu na prática de crime e de que em suas dependências profissionais poderão ser encontrados elementos de prova, vestígios ou indícios da prática delitiva imputável ao advogado e que consiste no objeto da investigação em curso. Tudo porque, como tem decidido reiteradas vezes o Supremo Tribunal Federal, a “*fundada suspeita*” a que alude o permissivo do art. 244 do Código de Processo Penal, - “*não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa*”²⁴

²⁴ Veja-se, nesse sentido, a decisão unânime da 1ª Turma do STF no Habeas Corpus 81305 – Goiás, julgado em 13.11.2001, Relator Ministro Ilmar Galvão. Nessa assentada, houve por bem decidir a nossa Corte Maior: “... A fundada suspeita,, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo

Atentos a todas essas advertências que condicionam as diligências de busca e apreensão nos locais de trabalho do advogado, *y compris*, natural e forçosamente, os escritórios de advocacia e as dependências, dentro dos estabelecimentos empresariais, onde funcionam os departamentos e gerências jurídicas das sociedades e empresas de todo tipo, sabe-se, não obstante, que os direitos individuais e coletivos não são, por princípio, absolutos, eis que comportam exceções e temperamentos, pontuais e limitados, em prol do interesse público da Administração da Justiça no campo da jurisdição criminal. As diligências de busca e apreensão, que se incluem, quando legítimas, no poder-dever investigativo do Estado, no exercício da atividade da polícia judiciária, constituem, no dizer do ilustre Prof. ROGÉRIO LAURIA TUCCI - *“meios de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionado com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios”*.²⁵ Mas, haverá de preponderar sempre a proteção constitucional e legal quantos aos aspectos nucleares do direito à inviolabilidade e prerrogativas dos advogados. Tal significa dizer que o limite da investigação policial há de ser sopesado pelo instrumental exegético da *“ponderação de interesses”*, mediante prudente avaliação sob a ótica dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.²⁶ É importante enfatizar, nesse sentido, que os atos investigatórios, máxime as diligências ultra invasivas da intimidade e da paz domiciliar consistentes na busca e apreensão dos meios de prova da prática de delitos, hão de estar justificados do ponto de vista teleológico, ou seja, devem fundar-se em finalidades e objetivos legítimos. Além disso, a incursão policial nos locais de trabalho dos advogados, não raro cumulada com a ruptura do sigilo profissional, deve indispensavelmente constituir providência instrumental idônea, essencial e suficiente para o atingimento da finalidade persecutória legítima. Assim sendo, exige-se, primeiramente, a demonstração cabal de que a decretação da busca e apreensão apresenta-se de todo necessária em face de outras diligências igualmente aptas e menos gravosas para a consecução do resultado investigatório objetivado. Se outros meios probatórios forem igualmente eficazes à apuração da autoria e da materialidade penal, a

elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo circunstanciado de ocorrência”.

²⁵ TUCCI, ROGÉRIO LAURIA, no artigo “Busca e Apreensão”, publicado na Revista dos Tribunais nº 515, setembro de 1978, págs. 287-295.

²⁶ Dispensar-me de digredir sobre a compreensão doutrinária acerca dos princípios da razoabilidade, de origem anglo-saxônica, e da proporcionalidade, este de formulação germânica, pois isto alongaria de muito os estreitos limites deste artigo. Para tanto, reporto-me às extensas considerações lançadas em meu livro *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, Editora Forense, 4ª edição, 2006, especialmente nos capítulos IV e V, págs. 141 a 236.

medida mais invasiva poderá ser considerada supérflua, dispensável e desinfluyente para o bom curso da investigação. Assim, por exemplo, se o documento perquirido no domicílio ou local de trabalho do advogado já estiver disponibilizado em bancos de dados do Poder Público, ou mesmo em bancos de dados privados mas de acesso coletivo, ainda que sua acessibilidade esteja sujeita a prévia autorização judicial, como é o caso da movimentação de contas bancárias ou da declaração de bens da pessoa investigada, não tem cabimento algum a realização da diligência mais invasiva e ultrajante consistente na busca e apreensão em recintos privados.. Por outro lado, caso a diligência promovida pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público, segundo o conjunto dos fatos sob apuração - consideradas aí as circunstâncias fáticas que integram o cenário do crime, ou seja, os indícios substanciais de autoria e da materialidade delitiva -, se apresentar injustificada, abusiva, irrazoável ou desproporcional para o atingimento dos objetivos finalísticos da investigação, estará a mesma maculada do vício da ilicitude. Com efeito, há de comprovar-se uma plausível e concreta relação de congruência entre a medida investigatória e os fins a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre *meio e fim* da investigação – *means-end relationship* – de acordo com a nomenclatura norte-americana, não se fizer presente, de modo que a diligência policial resulte despropositada ou excessiva, estará a intromissão persecutória acoimada de nulidade. Com isso, afasta-se o arbítrio e o autoritarismo no exercício do poder-dever do Estado de investigar a prática de crimes, eis que este interfere sempre com a esfera das liberdades ou do exercício regular da profissão de advogado, erigidos em direitos fundamentais pela Constituição da República. A cláusula constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV), celebrizada sob a fórmula “*due process of law*”, que no Direito brasileiro engloba os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impede toda sorte de abusos de autoridade nos atos da investigação policial.

Por outro lado, e em consequência dessas limitações supra-legais que condicionam a *reserva de jurisdição* para a autorização das medidas de busca e apreensão, faz-se indispensável que a autoridade judicial competente para determinar a diligência policial deixe perfeitamente declinados, de forma clara, consistente e objetiva, os motivos e as razões que justificam e emprestam idoneidade, no caso concreto de que se trate, ao afastamento excepcional do regime de proteção das liberdades fundamentais. A suficiência dessas razões poderá a todo tempo ser contrastada pelas pessoas físicas e jurídicas que sofrerem a intromissão policial em sua esfera domiciliar e profissional, mediante as impugnações e recursos próprios na esfera judicial ordinária e, ainda, perante o Conselho Nacional de Justiça, com base no art. 103-B, parágrafo 4º, incisos III e IV, da Constituição Federal, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004²⁷. Os motivos determinantes da ordem judicial não podem

²⁷ Assim dispõe o art. 103-B, parágrafo 4º, incisos III e IV, da Constituição: § 4º - *Compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuiçõesque lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: ...III -*

exteriorizar-se em meros jargões decisórios e semânticos, como a alusão genérica a “*simples e não demonstradas suspeitas*” ou a “*fortes indícios*”, sem estar acompanhados de concretos e plausíveis elementos de convicção. A par da norma do artigo 93, IX, da Constituição (dispondo que – *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...*), o artigo 243, II, do Código de Processo Penal exige em categórico que – *o mandado de busca deverá ... mencionar o motivo e os fins da diligência*.²⁸ Atento a essas condicionantes, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 81.305-GO, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, houve por bem decidir em hipótese relacionada com a busca pessoal prevista no art. 244 do CPP: – “A FUNDADA SUSPEITA, PREVISTA NO ART. 244 DO CPP, NÃO PODE FUNDAR-SE EM PARÂMETROS UNICAMENTE SUBJETIVOS, EXIGINDO ELEMENTOS CONCRETOS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DA REVISTA, EM FACE DO CONSTRANGIMENTO QUE CAUSA. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS DESSA NATUREZA, QUE NÃO SE PODE TER POR CONFIGURADOS NA ALEGAÇÃO DE QUE TRAJAVA, O PACIENTE DO HABEAS CORPUS, UM ‘BLUSÃO’ SUSCETÍVEL DE ESCONDER UMA ARMA, SOB RISCO DE REFERENDO A CONDUTAS ARBITRÁRIAS E OFENSIVAS A DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E CARACTERIZADORAS DO ABUSO DE PODER”²⁹. Nessa linha de convicções, sustenta a Professora CLEUNICE PITOMBO que – “as fundadas razões, a que alude o Código, não se confundem com meras suspeitas. Há que se ter motivos concretos, fortes e reais indícios da existência de elementos de convicção, de que se possam achar na casa a qual se pretenda varejar. Não guarda cabimento a proteção constitucional da intimidade e inviolabilidade ruírem, ou cederem passo, frente à suspeita, ainda que venha adjetivada de robusta, séria ou grave”.³⁰ O mandado judicial de busca e apreensão deverá especificar os itens e objetos a serem apreendidos, não podendo apontar identificação genérica e polivalente, do tipo “*quaisquer objetos relacionados aos fatos em investigação*” ou, ainda”

receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa. IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade.

²⁸ É oportuno registrar que o Código de Processo Penal disciplina a busca pessoal, no art. 244 (A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objeto ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar), e a busca domiciliar, no art. 245 e seus parágrafos (as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta...).

²⁹ Cf. DJU de 22.02.2002, pág. 35.

³⁰ PITOMBO, CLEUNICE, na obra “Busca e Apreensão no Processo Penal”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 115,

“quaisquer objetos que possam contribuir com a apuração dos fatos”. Essas expressões de multi alcance tornam vulneráveis a totalidade dos bens que guarnece um domicílio ou o local de trabalho do advogado, sendo inservíveis para emprestar justeza às ordens judiciais com tal propósito. Ou bem se tem adequada noção do elemento de prova perquerido, e se faz constar a sua identificação no mandado de busca e apreensão, ou se aguarda para a realização da diligência até que haja indícios concretos do material a ser apreendido. Com razão, acrescenta, nesse particular aspecto, CLEUNICE PITOMBO: *“Não pode haver mandado incerto, vago ou genérico. A determinação do varejamento, ou da revista há de apontar, de forma clara, o local, o motivo da procura e a finalidade, bem como qual a autoridade judiciária que a expediu. É importantíssima a indicação detalhada do motivo e os fins da diligência (art. 243, II, do CPP), a que se destina. Mandado vazio é perigoso e difícil debelar-se. Autoritário, traz risco ínsito, arraigado na forma”*.³¹

A demonstração da razoabilidade e da proporcionalidade das ordens de busca e apreensão domiciliar visa impedir medidas de arresto policial desarrazoadas, equivalentes às *“unreasonable searches and seizures”*, como previstas expressamente na Emenda nº 4 à Constituição dos Estados Unidos da América, ratificada no ano de 1791, que reza: *“The right of the people to be secure in their persons, house, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”*. A jurisprudência da Suprema Corte americana exige, para a validade das medidas de busca e apreensão, a demonstração efetiva da *“causa provável”* (*“probable cause”*), materializada em elementos substanciais de convicção que apontem: (i) a relação entre o objeto específico que se pretende apreender e os fatos delituosos em apuração; (ii) a probabilidade de tal objeto ser encontrado no local da diligência. Com isso, são vedadas as buscas e apreensões calcadas em suposições genéricas e não suficientemente demonstradas. Bem por isso, a diligência de busca domiciliar e o material a ser apreendido deverão ser objeto de descrição circunstanciada no auto respectivo a ser lavrado, o qual deverá fazer integrar os autos do inquérito policial. Este, por sua vez, se reveste de natureza sigilosa e o menos possível invasivo, sob pena de causar gravame à intimidade do investigado, de sua família, ao exercício de sua profissão ou ao negócio empresarial regularmente estabelecido. Não é por outra razão que o art. 20 do CPP obriga a autoridade policial a assegurar no inquérito o *“sigilo necessário à elucidação do fato”*. Trata-se do chamado *“sigilo externo”*, cuja finalidade precípua é proteger a dignidade humana e a incolumidade física e moral do cidadão investigado – presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CF - art. 5º, LVII). Assim sendo, é rigorosamente abusiva e destoante da legalidade a diligência policial de efeitos midiáticos, ao estilo de

³¹ Cf. ob. cit. Pág. 171.

espetáculo circense ou de programa de auditório televisivo, que se faz acompanhar de repórteres, fotógrafos e cinegrafistas, que jamais podem estar autorizados a adentrar o domicílio ou o local de trabalho objeto da investigação, eis que não são autoridades policiais competentes para cumprir a diligência determinada pela ordem judicial, tampouco se acham autorizadas a adentrar domicílio ou estabelecimento alheio. Essa exposição degradante de pessoas, não raro de servidores públicos, até mesmo de juízes e advogados sendo presos e conduzidos por agentes policiais, não raro e indevidamente algemados, é abusiva e não se compadece com o figurino constitucional democrático que impõe limites ao chamado processo acusatório adotado pelo povos cultos. Assim é que o art. 248 do CPP exige que, em casa ou local de trabalho habitado, a diligência de busca e apreensão “*será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência*”. Por força dessa disposição legal, é de igual modo excessiva e desautorizada a utilização de efetivo policial e aparato bélico desproporcional ao risco oferecido para o cumprimento da diligência. Essa disposição da lei adjetiva penal está a impor, por certo, o dever de urbanidade, de respeito, de discrição e de cuidados indispensáveis com a imagem e a propriedade alheia. Choca-nos, pois, o cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritórios de advocacia, como se tem visto com frequência ultimamente na mídia, utilizando-se do mesmo contingente policial e do mesmo tipo de armamento pesado (fuzis, metralhadoras e granadas) que seriam justificáveis para a prisão em flagrante de delinquentes de alta periculosidade num “*bunker*” fortificado de uma quadrilha organizada para o contrabando de armas ou para o narcotráfico.

Assente essas premissas que remetem à esfera dos direitos fundamentais sublimados na Constituição, tem-se que a inobservância pela autoridade policial ou pelo órgão do Ministério Público de qualquer um desses parâmetros de conduta limitadores da investigação traz como consequência a ilicitude da prova obtida por meios violantes e inidôneos, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição da República, além da sujeição do agente estatal às sanções cominadas ao crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, art. 3º, “b”) ou do crime de violação de sigilo profissional (Código Penal, art. 325), conforme o caso. Isto sem esquecer a caracterização do dano moral indenizável que possa ser infligido à pessoa do advogado e à sociedade de advogados, ou conjuntamente a ambos, cuja reparação há ser buscada em ação própria na jurisdição civil, segundo os cânones da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes que causem danos a terceiros, consoante o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Quando a Suprema Corte norte-americana, reformando antigo entendimento jurisprudencial, proclamou, no ano de 1963, no julgamento do famoso caso GIDEON v. WAINWRIGHT,³² que a 6ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos, garantem o direito fundamental dos jurisdicionados a ter um advogado habilitado em todas as instâncias de Justiça, claramente

³² 372 U.S. 335, 83 S.Ct. 792 (1963).

considerou o patrocínio advocatício um elemento essencial da garantia do acesso à Justiça. O mesmo fez – vale reiterar – a Constituição do Brasil com a regra expressa no art. 133, ao considerar o advogado indispensável à administração da Justiça. Por isso, também, a generalidade dos sistemas jurídicos dotou a profissão de prerrogativas e inviolabilidades funcionais, a fim de assegurar a eficiência da defesa, mante-la íntegra e colocá-la a salvo de desmandos de autoridade nos atos de persecução criminal. Tamanha a importância constitucional do precedente no caso GIDEON que a Suprema Corte americana atribuiu-lhe efeitos retroativos, a fim de promover a anulação de todas as condenações criminais em que os condenados não tivessem usufruído de uma defesa técnica por parte de um advogado.³³

Todo esse conjunto sistêmico de normas de proteção ao exercício da advocacia, além de essencial à eficácia plena de inúmeros direitos fundamentais relacionados com o acesso à Justiça, o contraditório, a ampla defesa e a regularidade do processo acusatório, gera efeito altamente pedagógico para o exercício da cidadania e para a limitação democrática do desempenho da autoridade pública em nosso país. Diz bem NILO BATISTA ao apregoar, com arrimo na lição de RAUL ZAFFARONI, que o abuso do poder investigatório constitui risco premente e indissociável do processo dialético da Justiça no Estado Democrático de Direito: *“Não existe um estado de direito democrático estagnadamente acabado, como ‘hortus conclusus’ do empreendimento democrático. Dentro dele, pulsa surdamente e procura avançar, por todos os interstícios que se apresentam, o estado de polícia... O juiz, no Estado de direito democrático, tem precisamente esta função: a de filtrar implacavelmente toda a demanda de criminalização que lhe é apresentada, impedindo a passagem de todo poder punitivo que não seja meridianamente constitucional, legal e racional. Para exercer tal função – cuja importância para o Estado de Direito dispensa considerações –, dispõe ele do direito penal. Se, em vez de colocar-se nesta posição, o juiz resolve alavancar a demanda de poder punitivo, negligenciando garantias ou distendendo requisitos, ele está na verdade permitindo que o Estado de direito seja assaltado pelo Estado de polícia”*.³⁴ Não há, aqui, espaço para credices e ingenuidades. A luta secular pelo direito e pela justiça é a luta pela advocacia altiva, íntegra, corajosa e independente. A valorosa classe dos advogados, por sua união

³³ Os comentários dos Professores LOCKHART, KAMISAR, CHOPER e SHIFFRIN (na festejada obra *Constitutional Law – cases – comments – questions*, Ed. West Publishing Company, 6ª edição, 1986, pág. 448) bem ilustram a relevância do julgado: *“GIDEON v. WAINWRIGHT held that, at least in all felony prosecutions, an indigent defendant must be appointed counsel. Because, as Justice Black, J., maintained, dissenting in the case (Bets v. Brady, 316 U.S. 445 (1942) Gideon was to overrule 20 yrs later, - ‘whether one is innocent cannot be determined from a trial in which denial of counsel has made it impossible to tell that the defendant’s case was adequately represented’, and because, as Black, J. pointed out for the Court in Gideon, - ‘any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial ‘unless counsel is provided for him’. Gideon was given complete retroactive effect”*.

³⁴ BATISTA, NILO, no artigo *A criminalização da advocacia*, Revista de Estudos Criminais, ano IV, 2005, vol. 20, págs. 86 e 87.

estável e histórica com as liberdades públicas, recebe naturalmente o olhar suspeito dos tiranos de plantão. Tal se dá, de forma endêmica, nas fases de desarranjo institucional e adensamento da lógica autoritária. As liberdades públicas e seu esteio maior – a advocacia destemida – foram e serão sempre as vítimas seletas da truculência autoritária no processo civilizatório. A explosão urbana que assola o planeta, a violência institucionalizada e o processo de exclusão dos bens da vida por mais de 2/3 da população mundial deformaram em larga medida a paisagem bucólica do cotidiano que prevaleceu no limiar do século passado. Por outro lado, corromperam-se os resquícios de mansidão e espontaneidade nas relações humanas interindividuais, subjugadas pela massificação das novas pautas sociais. Massificou-se, também, a violência, de um lado, e a repressão violenta, de outro. O Estado policial tende a suplantir o Estado de serviço social. Nesse contexto, é sempre bom lembrar a máxima de WINSTON CHURCHILL, aplicável a saudosos tempos de pacato convívio nos bairros residenciais da maioria das cidades, ao reconhecer que o regime democrático é aquele no qual, quando batem à porta de nossa casa às 4 horas da madrugada, pode-se prever com tranquilidade que se trata do entregador do leite ou do pão. Se já não é mais assim, ou se já não é sempre assim, a contra-partida compensatória no plano institucional há de ser o respeito aos direitos fundamentais e o compromisso dos advogados com os ideais de Justiça, com o suporte indispensável das prerrogativas e inviolabilidades de seu singular ofício.

Membro do IAB. Master of Laws (LL.M.) pela University of Michigan. Doutor em Direito Público pela UERJ. Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Conselheiro Federal da OAB.

Análise das Questões Jurídicas Envolvidas em um Financiamento Imobiliário

José Eduardo Ribeiro de Assis

SUMÁRIO

1. Introdução **2.** O caso concreto **3.** Do indexador utilizado **4.** A aplicação da tabela Price e o anatocismo **5.** Conclusões

1. Introdução

O presente estudo tem por finalidade analisar o desenvolvimento de um financiamento imobiliário concedido em 1989 e com término em 2009. A situação fática é interessante porque o mútuo foi celebrado em período de alta inflação e plena indexação da economia tendo, contudo, seu termo final em uma economia estabilizada e com taxas inflacionárias comedidas. O contrato foi ajustado em Cruzados Novos e terminou em Reais, passando ainda pelo Cruzeiro (1990) e pelo Cruzeiro Real (1993). Temos aqui uma análise dos efeitos concretos da vacilante política monetária (pautada por planos de estabilização) que permeou o Brasil a partir da década de 80 até a implementação do Plano Real. Não obstante o transcurso de 20 anos, o problema continua atual, até porque vários outros contratos ainda se encontram em execução. Como dito por Letácio Jansen em recente trabalho, as obras de Direito Monetário são abundantes no Brasil, não obstante “fiquem logo esquecidas quando sobrevém a estabilidade, fenômeno que também ocorreu no Brasil, nas décadas de 1970 e 1980”.³⁵ Apesar de estável, a economia brasileira ainda não permite esquecer seu passado próximo.

Outro fator a ser considerado no caso concreto é uma dualidade típica da realidade jurídica brasileira. O financiamento, na perspectiva do agente financeiro, é uma operação bancária normal, um simples contrato bilateral, comutativo e paritário. É só um empréstimo que deve ser pago. Já na perspectiva do mutuário, há uma clara conotação social: o contrato é um

³⁵ JANSEN, Letácio. **A moeda nacional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 26.

instrumento para a satisfação do sonho da casa própria. A partir da década de 60, com a criação do Sistema Financeiro da Habitação, se cria um aparato jurídico para incrementar o financiamento imobiliário, sendo que “por trás das novas medidas está a intenção de demonstrar a sensibilidade do novo regime às necessidades das massas despertadas politicamente no Governo Goulart” 36. Isto justifica uma forte intervenção no equilíbrio contratual que, em última instância, será a causa das distorções apuradas.

Esta tentativa de conciliar situações antagônicas, com princípios diametralmente opostos, levou o Eg. STJ a, em determinado momento de forma quase uníssona, afirmar que o montante do saldo devedor (rectius: da dívida do mutuário) deveria ser corrigido de acordo com os mesmos critérios de reajuste das prestações, de forma a não gerar nenhum ônus adicional ao mutuário 37. Em outras palavras, a ideia da equivalência salarial não deveria ficar

³⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: RT, 2004, p. 54.

³⁷ DIREITO CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL VERSUS CLÁUSULAS DE REAJUSTE PELOS ÍNDICES APLICADOS À POUPANÇA LIVRE.

1- "Nos contratos regidos pelo sistema financeiro da habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos: a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico;

b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento as necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade;

c) o de que ha de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário não só decorrente da sua fragilidade (sic) financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte;

d) o de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato.

2 - há de ser considerada sem eficácia e efetividade contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados as cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do plano de equivalência salarial.

3 - recurso provido.

(REsp 85.521/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/04/1996, DJ 03/06/1996 p. 19219)

DIREITO CIVIL - CONTRATO DE MÚTUO - SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES MENSAIS E DO SALDO DEVEDOR.

....

Não prevalece a cláusula contratual que estabelece a atualização do saldo devedor pelo coeficiente de remuneração básica aplicável às contas vinculadas do FGTS. A exemplo das prestações mensais, também o saldo devedor há de ser reajustado pelo Plano de Equivalência Salarial.

Recurso improvido.

(REsp 194.932/BA, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/1999, DJ 26/04/1999 p. 59)

ADMINISTRATIVO - SFH - REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR - PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES) - INAPLICABILIDADE DA TR - ADIN 493-0/STF - VANTAGENS PESSOAIS INCORPORADAS DEFINITIVAMENTE AO SALÁRIO - INCLUSÃO NO CÁLCULO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA - RISTJ, ART. 255 E PARÁGRAFOS - SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES STJ.

- Nos contratos vinculados ao PES, o reajustamento das prestações deve obedecer à variação salarial dos mutuários, a fim de preservar a equação econômico-financeira do pactuado.

(REsp 140.839/BA, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/1999, DJ 21/02/2000 p. 112)

Sistema Financeiro de Habitação. Plano de Equivalência Salarial.

Reajuste das prestações e do saldo devedor. Precedentes da Corte.

restrita apenas ao reajuste das prestações, mas também à evolução do saldo devedor do financiamento. Tal entendimento sem qualquer dúvida levaria à bancarrota todas as instituições financeiras envolvidas com crédito imobiliário no país, tanto que o entendimento da mesma corte hoje – certamente após uma análise dos efeitos econômicos de tal posição – é substancialmente diverso.³⁸

A consequência imediata da dualidade acima apontada é a discrepância nos critérios de aplicação da correção monetária: o saldo devedor é corrigido mensalmente, eis que os recursos para financiamento imobiliários estão atrelados à caderneta de poupança, que remunera de forma mensal ³⁹; por outro lado, as prestações mensais são corrigidas de forma

1. A cláusula que estabelece submeter-se o financiamento ao Plano de Equivalência Salarial, deve ser respeitada, não podendo aplicar-se índice diverso para o reajuste do saldo devedor.

(REsp 229.463/BA, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 31/08/2000, DJ 23/10/2000 p. 135)

Sistema Financeiro de Habitação. Reajustamento vinculado ao Plano de Equivalência Salarial. Saldo devedor. Jurisprudência da Corte.

1. Considerando as instâncias ordinárias que o contrato está subordinado ao Plano de Equivalência Salarial, reajustadas as prestações com base nos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário, o saldo devedor, na linha de precedentes da Corte, não pode ser reajustado por índice diverso. No caso, mantém-se o INPC, fixado na sentença, porque não houve recurso do autor.

(REsp 331.362/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2002, DJ 14/03/2005 p. 318)

CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. A jurisprudência da Turma, ressalvado o entendimento deste Relator, é no sentido de que o saldo devedor do mútuo hipotecário deve ser reajustado com base na equivalência salarial, sempre que este for o critério adotado para o reajuste das prestações mensais. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 432.594/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2002, DJ 16/12/2002 p. 319)

SFH. Plano de equivalência salarial. Correção do saldo.

Adotado o plano de equivalência salarial, em contrato celebrado antes da Lei 8.692/97, é esse o critério para a correção do saldo devedor. Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 432.402/BA, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 03/04/2003, DJ 13/09/2004 p. 243).

³⁸ O PES somente se aplica para o cálculo das prestações mensais a serem pagas pelo mutuário, sendo incabível a sua utilização como índice de correção monetária do saldo devedor, o qual deverá ser atualizado segundo o indexador pactuado, em obediência às regras do SFH.

(AgRg no REsp 1097229/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 05/05/2009)

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a aplicação do PES refere-se apenas às prestações mensais, e não ao reajuste do saldo devedor.

(AgRg no REsp 933.393/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 23/03/2009)

O Plano de Equivalência Salarial - PES somente se aplica para o cálculo das prestações mensais a serem pagas pelo mutuário, sendo incabível a sua utilização como índice de correção monetária do saldo devedor.

(AgRg no REsp 957.604/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 01/12/2008).

³⁹ “As pontas de *captação* e *aplicação*, no âmbito do sistema financeiro, só conseguem funcionar em íntima e harmônica interação. Por isso, todas as operações realizadas, em qualquer delas, obedecem a um conjunto de regras básicas idênticas, que neste trabalho englobaremos sob a denominação de *princípio da compatibilidade*. Esse princípio, usual no mercado financeiro, equivale ao *princípio da isonomia*, consagrado pela Constituição Federal”. (CANÇADO,

semestral, para coincidir com os reajustes salariais da época. Buscava-se, desta forma, evitar um aumento do comprometimento da renda do mutuário ao longo do financiamento.

2. O caso concreto

A operação consistia em um financiamento imobiliário com as seguintes características:

Valor mutuado de NCz\$ 95.000,00, em 30.7.1989;

pagamento em 240 meses;

juros de 7% ao ano;

correção do saldo devedor pela UPC;

utilização da denominada tabela price;

inexistência da previsão contratual da denominada equivalência salarial, que limitava o reajuste das prestações ao mesmo índice do reajuste da categoria salarial do mutuário;

todas as prestações foram pagas pontualmente na data do vencimento;

reajuste semestral das prestações; e

reajuste mensal do saldo devedor.

Tal empréstimo possibilitou a aquisição de um imóvel de dois quartos na zona oeste do Rio de Janeiro, em um empreendimento de classe média baixa.

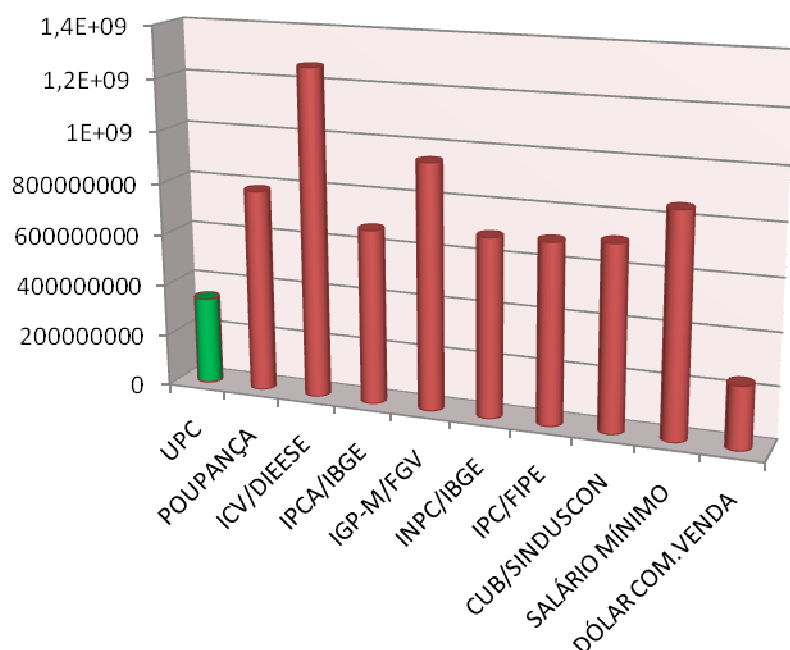
A inexistência da previsão da equivalência salarial é interessante porque isto geraria um ingrediente a mais na prestação mensal (o pagamento do valor devido ao Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS), o que poderia distorcer os valores pagos.

Não obstante o adimplemento de todas as prestações pagas, ao final do período previsto no contrato (em julho de 2009) restava ainda um vultoso saldo devedor não pago, o que inequivocamente configura uma distorção na execução do contrato. De fato, tendo o prévio conhecimento de todos os elementos do contrato (taxa de juros, indexador utilizado, periodicidade de reajustes, etc.) e escolhido um sistema de amortização (no caso, a tabela Price), há que se pressupor que a expectativa das partes contratantes é que o pagamento pontual de todas as prestações implique na quitação integral da dívida. Não se espera que o advento do termo final demonstre um substancial valor da dívida ainda não pago. É justamente para tentar entender a causa desta distorção contratual (a existência de um saldo devedor pendente ao final do pagamento de todas as parcelas contratadas) que passaremos a analisar as diversas variáveis envolvidas na questão.

3. Do indexador utilizado

O contrato previa a correção do saldo devedor de acordo com a variação da UPC. Trata-se de indexador criado especificamente com esta finalidade, de reger os contratos de financiamento habitacional ⁴⁰, em uma época de alta inflação.

Seria a UPC causadora da distorção apontada ? O gráfico abaixo faz a comparação de diversos índices entre as datas de 30.7.1989 a 30.7.2009, justamente o período contratual. Como se observa, a variação da UPC (de incríveis 339.926.120,2%) foi substancialmente menor que a dos índices mais conhecidos.



Durante o período de vigência do contrato, a UPC esteve atrelada ao indexador utilizado para a correção das cadernetas de poupança. De fato, afirma o Decreto nº 94548 , de 02.07.87, no seu artigo 2º, que “a Unidade Padrão de Capital - UPC passa a ser atualizada mediante aplicação do índice de atualização dos saldos dos depósitos de poupança livre , para fins de reajustamento de saldos devedores e de prestações vinculadas a essa unidade”. Ficava,

⁴⁰ Vale dizer, tendo-se como certo que a mobilização de recursos para aplicação a longo prazo – como são as aplicações em habitação – é incompatível com regimes inflacionários, criou-se, para o setor, uma conjuntura artificial de preços, mais ou menos estáveis, onde tudo se passa como se não houvesse o fenômeno e a moeda não experimentasse, ao longo do tempo, o impacto da desvalorização. E onde nem o credor perderia nem o devedor se beneficiaria com a ambiência econômica. Estabeleceu-se até, para esse fim, uma convenção monetária peculiar ao sistema – a unidade padrão de capital, ou UPC, cujo valor é variável em função da desvalorização da moeda (art. 52, §§ 1º e 2º da Lei n. 4380, de 21 de agosto de 1964). LIMA, Paulo B. de Araújo. **A correção monetária sob a perspectiva jurídica**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p.118) .

então, preservado o princípio da compatibilidade entre a as duas pontas da operação financeira – o que, por si só, já legitimaria a adoção deste índice.

Com a edição da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, ficou determinado que:

Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

I - como remuneração básica, por taxa correspondente acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;

II - como adicional, por juros de meio por cento ao mês.

A partir de então, a UPC passou a acompanhar a variação da TR.

Dos juros praticados no contrato

O contrato previa uma taxa de juros anual de 7%.

Podemos observar que a taxa de juros é substancialmente inferior à praticada nas operações realizadas nas denominadas carteiras hipotecárias das instituições financeiras ou mesmo dentro do Sistema Financeiro da Habitação - SFH. A Lei 4380/64 previa uma taxa de até 10% (art. 6º, "e"). Posteriormente, a Lei 8692/93 – que criou o denominado Plano de Comprometimento de Renda – previu juros de 12% ao ano.

A taxa de juros, evidentemente, é o fator mais relevante na apuração do quantum pago no financiamento. A tabela abaixo simula os efeitos da supressão da TR e da redução da taxa de juros em um financiamento de R\$ 100,00, pagos em 15 anos através da tabela Price:

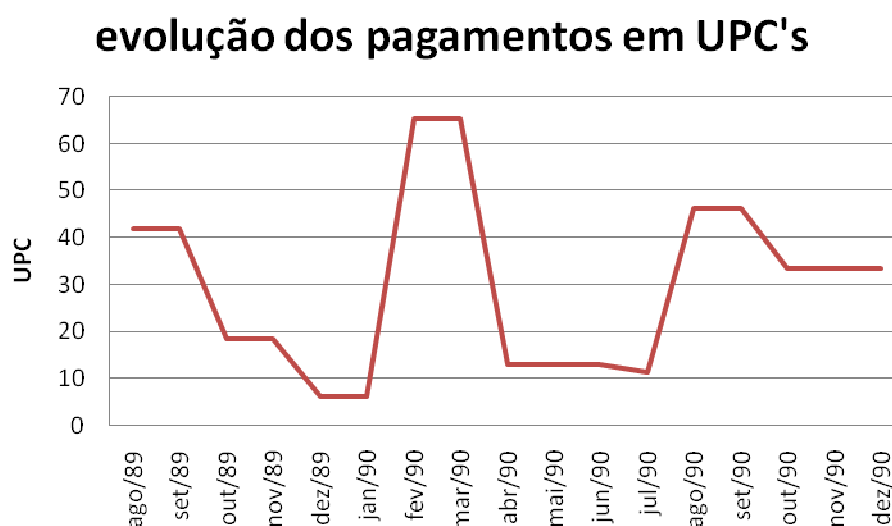
Juros (ao ano)	Valor pago (x R\$ 1000)	Diferença (em R\$ 1000)
TR + 12%	240	...
12%	209	31
11%	198	42
10%	189	51
9%	179	61
8%	169	71

Como se observa, a simples redução de 1 ponto percentual impacta de forma relevante o valor pago pelo mutuário. Podemos então concluir que a baixa taxa de juros pactuada somente favoreceu o mutuário.

4. A aplicação da tabela Price e o anatocismo

Aplicando-se a tabela Price ao nosso exemplo concreto, temos uma prestação inicial de NCz\$ 736,53 (com vencimento em 30/8/1989). Contudo, antes da amortização desta prestação foi feita a correção do saldo devedor, o que o elevou para NCz\$ 122.312,51. A parcela de juros (NCz\$ 713,62) praticamente coincidiu com o valor da prestação – o que significa dizer que muito pouco foi amortizado.

A partir do segundo mês temos a ocorrência da denominada amortização negativa: o valor do pagamento mensal é insuficiente mesmo para quitar os juros contratuais - repita-se, substancialmente inferiores aos de mercado. Isto se deve ao fato da correção mensal do saldo devedor e do reajuste apenas semestral dos pagamentos. Há uma evidente depreciação do valor das parcelas mensais, como podemos ver ao se converter os pagamentos mensais em UPC's:

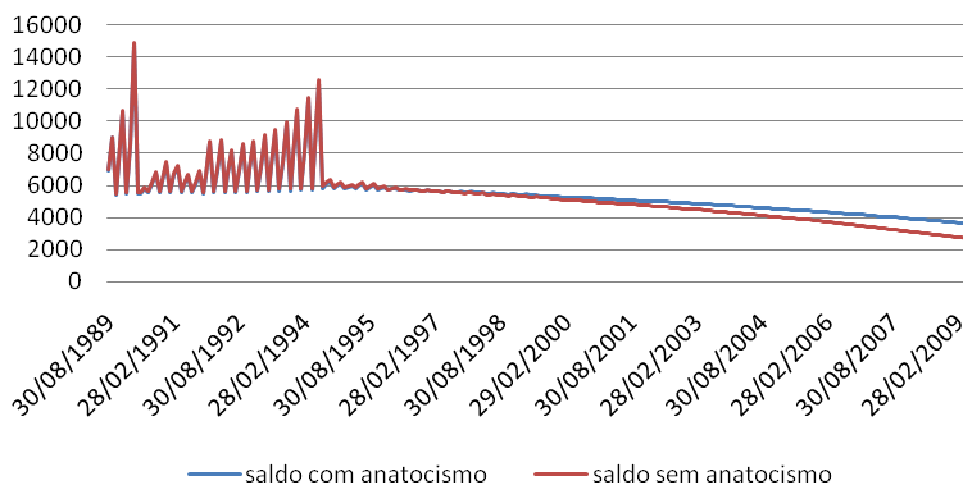


Utilizando-se a variação do dólar comercial (para venda), podemos afirmar que a parcela de agosto/89 equivalia a US\$ 266,85, enquanto a parcela paga em janeiro de 1990 valeria US\$ 42,64 - uma depreciação de cerca de 84%.

Aqui já podemos identificar a causa maior das distorções que serão constatadas na evolução do financiamento: a disparidade entre os períodos de reajuste do saldo devedor e dos pagamentos mensais. Em uma economia indexada e com altas taxas de inflação, o problema se agrava sobremaneira.

A depreciação do poder liberatório das parcelas mensais tem como consequência natural o crescimento do saldo devedor, como podemos observar abaixo:

Evolução do saldo devedor em UPC's



Observe-se que no gráfico acima convertimos o saldo devedor do financiamento em UPC's, eis que as trocas de moedas ao longo do financiamento distorceriam os valores apurados.

É costume atribuir as mazelas em casos como este à utilização da tabela price, o que também caracteriza um crasso equívoco. Afirma-se que a tabela Price implicaria em anatocismo, discurso que ganhou voz na doutrina 41 - ainda que de forma não unânime 42 - e na jurisprudência. O denominado sistema Price nada mais é do que um plano de pagamentos,

⁴¹ "...e assim confirmar mais uma vez a afirmativa de que a Tabela Price implica necessariamente na capitalização de juro, ou seja, *anatocismo*, ou ainda, *juro composto*..." (NOGUEIRA, José Jorge Meschiatti. **Tabela Price**. Campinas: Servanda, 2002, p. 194.). "Isto significa que os consumidores que adquiriram e adquirem bens de consumo (móveis e imóveis) mediante o financiamento em prestações pelo Sistema *Price*, adotado pelo mercado financeiro, sofrem o desequilíbrio contratual de duas formas distintas. A primeira, por ocasião da contratação, com a imposição de prestações desproporcionais, em decorrência da capitalização de juros no cálculo das prestações mensais; a segunda, a excessiva onerosidade na execução do contrato, com a incidência da capitalização de juros no valor das prestações e no cálculo do saldo devedor do financiamento, restando destruída a equivalência entre as prestações". ((FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. **Tabela Price e capitalização de juros**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 12). "Quando assim feito, não resta espaço para a menor sombra de dúvida, então volto a repetir, até este ponto somente utilizamos a matemática para comprovar que a Tabela *Price* capitaliza os juros."(ROVINA, Edson. **Uma nova visão da matemática financeira**. Campinas: Millennium, 2009, p. 49). "O leitor perceberá claramente que a curiosa homenagem brasileira feita a Price seria, unicamente, para encobrir a verdadeira denominação que o próprio Richard Price deu a suas tabelas: *Tables of compound interest* ou 'tabelas de juro composto', pois se fossem conhecidas como o próprio criador as denominou seriam imediatamente proibidas no Brasil pela Lei de Usura (Dec. N. 22.626/33) e pela súmula 121 do Supremo Tribunal Federal". (BAPTISTA, André Zanetti. **Juros, taxas e capitalização**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49). A conclusão é que, no sistema da Tabela Price, os juros são compostos, caracterizando o anatocismo, o que esbarra na redação do art. 4º da Lei de Usura. (RAZUK, Paulo Eduardo. **Dos juros**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.34). O reconhecimento da evidência matemática, que indica a capitalização de juros no sistema francês de amortização e a necessária relação dessa evidência com a proibição do art. 4º do Decreto 22.626/33 e do art. 591 do Código Civil de 2002, passou pela dificuldade de o jurista compreender os preceitos matemáticos em razão do ordenamento jurídico. Recentemente, os tribunais vêm identificando esses aspectos e coibindo o uso da *tabela price*, providência salutar tendo em vista os funestos efeitos sociais da sua aplicação. (SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Juros no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2003, p. 163).

⁴² "Nas diversas ocasiões em que, como perito do juízo, tivemos que nos posicionar a respeito, sempre defendemos a tese da não-existência de capitalização pela utilização da Tabela Price, admitindo a possibilidade somente quando da ocorrência de amortização negativa, ocasionada pela aplicação de indexadores diferenciados para reajuste dos encargos e atualização do saldo devedor." (PENNA, Edson de Queiroz. **Tabela Price e a inexistência de capitalização**. Porto Alegre: AGE, 2007, p. 76).

assim como tantos outros existentes no mercado (SAC, SACRE, etc.), com uma grande vantagem – é o único em que as prestações são iguais 43 ao longo do financiamento.

Mais importante ainda é dizer que no Brasil não se aplica o sistema price de forma correta. Ele pressupõe uma economia estabilizada e desindexada, com juros pré-fixados. Em uma economia indexada como a nossa, o reajuste mensal do saldo devedor deveria ser acompanhado de um reajuste também mensal das prestações, o que jamais acontecia. Neste sentido, afirma Márcio Antônio Barbosa que:

Daí já é possível perceber que nos contratos de SFH, por apresentarem descasamento de índices de correção do saldo devedor e prestação, na realidade não há real aplicação do Sistema Price, pois este exigiria uma prestação única, válida para toda a série de pagamentos, e caso sofresse correção monetária, essa deveria ocorrer no mesmo percentual para a prestação e para o saldo devedor. 44

Outra prática comum é atribuir a existência dos saldos devedores residuais à prática do anatocismo. É uso corrente na doutrina e na jurisprudência tratar como sinônimos a idéia de juros compostos, juros capitalizados e anatocismo, não obstante o conceito de anatocismo seja substancialmente diverso⁴⁵.

No gráfico “evolução do saldo devedor em UPC’s” trabalhamos com as duas hipóteses discutidas na jurisprudência: a) na primeira, denominada com anatocismo, os valores de juros não pagos nos meses em que houve amortização negativa foram incorporados ao saldo devedor – e passaram a ser base para nova incidência de juros. Nesta situação a

⁴³ Muitos buscam a legitimação do sistema Price na Lei 4380/64 (que “Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências”), já que o seu artigo 6º, letra “c”, prevê que “ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais sucessivas, **de igual valor...**”. Somente o sistema price pode permitir prestações de valores iguais.

⁴⁴ ROCHA, Márcio Antônio. **Sistema financeiro da habitação**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 28.

⁴⁵ “A rigor, todavia, vale ressaltar que, muito embora a cobrança de juros compostos seja, amiúde, tratada como sinonímia da cobrança de juros sobre juros e da prática de anatocismo, essa equiparação vocabular constitui impropriedade terminológica. Etimologicamente, o vocábulo anatocismo compõe-se pela amálgama de duas palavras de origem grega: *ana* (que significa novamente, em cima de) e *tokismos* (que representa cobrança de juros). A capitalização de juros verificada na aplicação do conceito de juros compostos pressupõe, com efeito, a existência de juros vencidos, ou seja, vale dizer, no final do período de geração dos juros periódicos convencionados, quando os juros pactuados efetivamente converteram-se em capital. A cobrança de juros sobre juros, prática conhecida como anatocismo, tem pressuposto e substrato fático distintos, tendo-se em vista que permite a incidência da taxa contratada sobre juros ainda não vencidos”. (TALAVERA, Glauber Moreno. **Aspectos jurídicos controversos dos juros e da comissão de permanência**. São Paulo: RT, 2009, p. 119).

jurisprudência tem afirmado que fica caracterizado o anatocismo⁴⁶; e b) na segunda, denominada sem anatocismo, tais valores (de juros não pagos nos meses em que houve amortização negativa) foram colocados em uma conta à parte do saldo devedor, e sobre esta conta houve apenas a incidência de correção monetária, sem juros. Ao final do financiamento,

⁴⁶ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FCVS. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. TABELA PRICE. LANÇAMENTO DOS JUROS NÃO-PAGOS EM CONTA SEPARADA, COMO MEIO DE SE EVITAR A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. APLICAÇÃO DA TR PARA A ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. NÃO-EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 207/STJ. CES. QUESTÃO DECIDIDA MEDIANTE ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ.

1. A utilização do Sistema Francês de Amortização (Tabela Price) pode ensejar a cobrança de juros sobre juros, como, por exemplo, na hipótese de amortização negativa do saldo devedor.

2. Tal situação é explicada pelo descompasso existente entre a correção monetária do saldo devedor, normalmente com base nos índices aplicáveis à caderneta de poupança, e a atualização das prestações mensais, nos moldes definidos no Plano de Equivalência Salarial - PES -, ou seja, de acordo com a variação salarial da categoria profissional do mutuário. Nessa sistemática, o valor da prestação, freqüentemente corrigido por índices inferiores aos utilizados para a atualização do saldo devedor, com o passar do tempo, tornava-se insuficiente para amortizar a dívida, já que nem sequer cobria a parcela referente aos juros. Em consequência, o residual de juros não-pagos era incorporado ao saldo devedor e, sobre ele, incidia nova parcela de juros na prestação subsequente, em flagrante anatocismo. A essa situação deu-se o nome de amortização negativa.

3. Diante desse contexto, os Tribunais pátrios passaram a determinar que o quantum devido a título de juros não-pagos fosse lançado em uma conta separada, sujeita somente à correção monetária, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

4. Tal providência é absolutamente legítima, tendo em vista que a cobrança de juros sobre juros é vedada nos contratos de financiamento regulados pelo Sistema Financeiro de Habitação, ainda que livremente pactuada entre as partes contratantes, segundo o disposto na Súmula 121/STF, assim redigida: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada." 5. "A capitalização de juros, em qualquer periodicidade, é vedada nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, ainda que haja previsão contratual expressa, porquanto inexistente qualquer previsão legal, incidindo, pois, o enunciado 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal" (AgRg no REsp 630.238/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 12.6.2006).

6. Não há falar, outrossim, em ofensa à norma que prevê a imputação do pagamento dos juros antes do principal, na medida em que os juros não-pagos serão normalmente integrados ao saldo devedor, porém em conta separada, submetida somente à atualização monetária, como meio de se evitar a incidência de juros sobre juros.

7. No tocante à conta principal, a sistemática seguirá pela adoção da Tabela Price, conforme decidido pela Corte de origem, abatendo-se, em primeiro lugar, os juros, para, em seguida, amortizar o capital, mesmo porque "não é ilegal a utilização da tabela Price para o cálculo das prestações da casa própria, pois, por meio desse sistema, o mutuário sabe o número e os valores das parcelas de seu financiamento" (REsp 755.340/MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 20.2.2006), ressalvadas as hipóteses em que a sua adoção implica a cobrança de juros sobre juros.

(REsp 1090398/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 11/02/2009)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SFH. CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL. ADOÇÃO DA TAXA REFERENCIAL - TR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. TABELA PRICE. ANATOCISMO. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Consoante entendimento pacificado desta Corte, não há vedação legal para utilização da TR como indexador do saldo devedor do contrato regido pelo Sistema Financeiro da Habitação, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança livremente pactuado (AgRg na Pet 4.831/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, DJ 27.11.2006).

2. Está pacificado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em definitivo, por maioria absoluta, o entendimento de que o índice aplicável ao reajuste do saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional, relativamente ao mês de março de 1990, é de 84,32%, consoante a variação do IPC (REsp n. 218.426/ES, CORTE ESPECIAL, DJU de 19.04.2004).

3. No Sistema Francês de Amortização, mais conhecido como tabela price, somente com detida incursão no contrato e nas provas de cada caso concreto é que se pode concluir pela existência de amortização negativa e, conseqüentemente, de anatocismo, vedado em lei (AGResp 543841/RN e AGResp 575750/RN). Precedentes da Terceira e da Quarta Turmas.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 951.894/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008).

esta conta foi somada ao saldo devedor para se apurar o saldo devedor total. É este o procedimento tido por válido pelos nossos Tribunais⁴⁷.

Há uma evidente antipatia dos Tribunais pelo regime de juros compostos⁴⁸, como bem salientado por Marcos Cavalcante Oliveira, a saber:

É muito comum criticar-se a adoção do regime de taxa de juros compostos, sob o argumento que ele faz a dívida crescer muito mais depressa do que os juros simples, e há largo debate sobre o assunto na jurisprudência brasileira.

É preciso enfatizar que a lógica dos juros simples pressupõe que o devedor paga a parcela de juros ao final de cada período. Se o devedor não paga essa parcela, surge um desequilíbrio econômico entre as partes, pois o credor fica privado da remuneração do seu capital no período, durante o qual o devedor pode reinvesti-lo sem ter de pagar ao credor o rendimento havido sobre a parcela dos juros. ⁴⁹

Novamente cabe invocar o princípio da compatibilidade, eis que

⁴⁷ DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – AMORTIZAÇÃO NEGATIVA – CÔMPUTO DOS JUROS EM CONTA SEPARADA – LEGALIDADE.

1. Se a prestação paga pelo mutuário é inferior à parcela de juros que incide no período, surge o que se convencionou chamar amortização negativa, sendo legítimo o cômputo da diferença em conta separada, na qual deve incidir apenas correção monetária, como forma de se evitar o anatocismo.

2. Em relação à conta principal, todavia, deve ser observada a regra de imputação ao pagamento, prevista expressamente desde o Código Civil de 1916 (art. 993) e mantida no diploma atual (art. 354).

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1069774/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LANÇAMENTO DOS JUROS NÃO-PAGOS EM CONTA SEPARADA, COMO FORMA DE SE EVITAR A COBRANÇA DE JUROS SOBRE JUROS. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO-PROVIDO.

1. O inconformismo diz respeito à solução jurídica adotada pelo aresto impugnado, que, ao constatar a existência de anatocismo decorrente da amortização negativa, determinou que a parcela dos juros não-paga seja acumulada em conta apartada, sujeita à correção monetária pelos índices contratuais, sem a incidência de novos juros.

2. Tal determinação é legítima e não ultrapassa os limites da lide; tão-somente explicita a fórmula para o afastamento da capitalização decorrente das amortizações negativas, não incidindo o acórdão em julgamento extra-petita. Precedente: AgRg no REsp 954.113/RS, Rel.

Ministra Denise Arruda, DJe 22.9.2008.

3. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp 1069407/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 11/02/2009)

⁴⁸ “Por sua vez, os juros compostos (capitalizados) são aqueles devidos, já tendo sido vencidos, os quais periodicamente incorporam-se ao capital. São os chamados “juros de juros”. Soma os computados sobre o capital acrescidos dos juros já produzidos, ou seja, aqueles integrados ao capital periodicamente, visando produzir novos juros no período posterior. Trata-se do anatocismo ou capitalização de juros vedada por lei, a qual terá especial atenção *oportuno tempore*”. (BAPTISTA, André Zanetti. **Juros, taxas e capitalização**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.33).

⁴⁹ OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. **Moeda, juros e instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.410.

A disposição da capitalização tem um argumento lógico e que é aceito no Brasil pelas instituições financeiras: trata-se do fato de que, do ponto de vista do poupador – ou do depositante – ele está recebendo juros capitalizados. Não poderia ser prática equânime o poupador, por um lado, receber juros capitalizados, e o mutuário, por outro, pagar juros simples. 50

Evidentemente, as duas situações geram valores diferentes. Ao final do financiamento, em 30.7.2009, o valor do saldo devedor variava entre 3572,69 UPC's (com anatocismo) e 2580,05 UPC's (sem anatocismo) – que daria um valor, em setembro de 2009, de R\$ 77.813,18 (com anatocismo) ou R\$ 56.193,48 (sem anatocismo). O anatocismo acarretou um acréscimo de 38,47% no saldo devedor. Ele agrava o problema, mas de fato quem faz nascer o saldo residual é a simples discrepância entre a periodicidade de reajustes das prestações e do saldo devedor.

5. Conclusões

Da análise dos dados acima podemos extrair as seguintes conclusões:

a taxa de juros praticada – substancialmente inferior às taxas de mercado - não gerou qualquer distorção no financiamento;

da mesma forma, a adoção da UPC como indexador não tem nenhuma responsabilidade na criação do vultoso saldo devedor residual ao final do financiamento;

A utilização da tabela Price também não é a causa da distorção apontada. Não obstante a evolução do financiamento tenha gerado amortizações negativas, tal fato não se deve à adoção da tabela Price, mas sim à disparidade de periodicidades de reajuste do saldo devedor e das prestações;

A capitalização dos juros pode agravar o problema, mas também não é causa da existência do saldo devedor residual.

De fato, é a adoção de periodicidades diversas para os reajustes do saldo devedor e das prestações que deu azo ao surgimento do saldo devedor residual. É importante frisar que tal distorção ficou agravada pelos altos índices de inflação que foram apurados durante a maior parte do período de execução do contrato.

⁵⁰ SADDI, Jairo. **Crédito e judiciário no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.152.

Há um aspecto que é desconsiderado pela jurisprudência ao analisar casos como este. Não obstante uma análise isolada do resultado apurado ao final do contrato pareça demonstrar uma onerosidade excessiva para o mutuário (afinal, ele pagou pontualmente todas as prestações e agora se depara com um expressivo saldo devedor residual), há que se observar que ao longo da execução do contrato ele lhe foi claramente benéfico. Como visto, há meses em que a prestação mensal sofreu uma depreciação superior a 80%, e os reajustes da prestação praticados de forma semestral serviram, unicamente, para tentar recompor o valor da prestação ao equivalente no momento da contratação – repita-se, com a utilização de um indexador claramente favorável ao mutuário. O saldo devedor residual nada mais representa do que os valores que deveriam ter sido pagos ao longo do contrato, e que não o foram porque a legislação de proteção aos mutuários adquirentes de imóveis estabeleceu uma realidade contratual absolutamente incompatível com a realidade econômica do contrato.

Referências

- BAPTISTA, André Zanetti. Juros, taxas e capitalização. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANÇADO, Romualdo Wilson; LIMA, Orlei Claro de. Juros – correção monetária – danos financeiros irreparáveis. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª edição, 2000.
- FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. Tabela Price e capitalização de juros. Curitiba: Juruá, 2004.
- JANSEN, Letácio. A moeda nacional brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- LIMA, Paulo B. de Araújo. A correção monetária sob a perspectiva jurídica. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972
- NOGUEIRA, José Jorge Meschiatti. Tabela Price. Campinas: Servanda, 2002.
- OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. Moeda, juros e instituições financeiras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PENNA, Edson de Queiroz. Tabela Price e a inexistência de capitalização. Porto Alegre: AGE, 2007.
- RAZUK, Paulo Eduardo. Dos juros. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- ROCHA, Márcio Antônio. Sistema financeiro da habitação. Curitiba: Juruá, 2005.
- ROVINA, Edson. Uma nova visão da matemática financeira. Campinas: Millennium, 2009.
- SADDI, Jairo. Crédito e judiciário no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. Juros no direito brasileiro. São Paulo: RT, 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação. São Paulo: RT, 2004.

TALAVERA, Glauber Moreno. Aspectos jurídicos controversos dos juros e da comissão de permanência. São Paulo: RT, 2009.

Advogado. Membro do IAB. Procurador do Banco Central, especialista em direito privado (UFF/RJ) e em direito empresarial (PUC/RJ), mestre em direito das relações econômicas (UGF/RJ) e doutor em direito e economia (UGF/RJ).

Doutrina

Risco Administrativo x Risco Integral Inteligência do § 6º do Art. 37 da CRFB/88

Marcelo Roque Anderson Maciel Avila

SUMÁRIO

1. Evolução Histórica **2.** Posições divergentes da doutrina **3.** Culpa Exclusiva - Aplicação do Código do Consumidor **4.** Agentes Privados **5.** Omissão Estatal **6.** Conclusão

1. Evolução Histórica

Não obstante a tradição Constitucional⁵¹ da responsabilização civil do Estado, ainda hoje o thema suscita controvérsias. Para uns confunde-se a responsabilidade com a teoria do risco integral, onde seria o Estado o garantidor universal de todas as causas.

A despeito de respeitados e abalizados doutrinadores ainda defenderem a aplicação da teoria do risco integral - mesmo á luz do atual texto constitucional⁵² - em detrimento da mais amoldada e adotada teoria do risco administrativo, é que se faz mister, preliminarmente, a abordagem histórica.

Pode-se dizer, com Maria Sylvia e Cretella, que a responsabilidade civil do Estado encontra nascedouro no Direito Francês. Mais precisamente em 1873 no caso Blanco.

Tratava-se de um menina que, ao atravessar a rua na cidade de Bordeaux, fora atropelada por veículo de uma companhia estatal. Levado o caso ao Tribunal de Conflitos, pela primeira vez na história do Direito Francês deixou-se de aplicar o Código Napoleônico, solucionando-se a questão sob a ótica do publicismo, afastando-se o julgamento pela ótica meramente civil (teoria subjetiva) e adotando-se na solução do conflito princípios do direito administrativo, uma vez que o Estado era parte diretamente envolvida.

⁵¹ Marco inicial: art. 194 da carta de 1946

⁵² Art. 37, § 6º da CF/88

Nascia aí a responsabilidade civil objetiva do Estado, que vem se aperfeiçoando até os dias de hoje.

Entre nós, seguindo-se ao artigo 194 da Carta de 1946, sobreveio a Constituição de 1967, onde a Emenda Constitucional nº 1/69, manteve inalterada a norma responsabilizadora, desaguando na atual redação, objeto deste estudo.

2. Posições Divergentes Na Doutrina

Uníssonas, doutrina e jurisprudência convergem à responsabilidade objetiva do Estado afeta à teoria do (gênero) risco⁵³.

Nessa senda, tem-se que o Estado - pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público - é responsável pelos danos que seus agentes⁵⁴ causarem a terceiros.

Fica ainda assegurado ao Estado o direito de regresso contra o causador direto do dano, exclusivamente nos casos de dolo ou culpa.

Noutro passo, evidenciando-se a omissão⁵⁵ do Estado ou a ausência de dolo ou culpa do agente, decai o Estado do direito de regresso.

A divergência tem berço em definir-se se esta responsabilidade objetiva abarca a teoria do risco integral, que inadmite excludentes, sendo o Estado garantidor universal ainda que provasse a culpa da vítima, ou se diz respeito a teoria do risco administrativo, onde haverá de estar presente o dano; a ação administrativa e o nexo de causalidade entre esta e aquele, admitindo-se ainda a perquirição de culpa exclusiva da vítima.

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, vez que não se pode falar em dever de indenizar se não houver prejuízo experimentado pela vítima. Este prejuízo não decorre tanto da índole dos direitos subjetivos afetados, mas dos efeitos da lesão jurídica, como observa Maria Helena Diniz, citando ampla jurisprudência.

Daí que, para que haja dever de indenizar, é indispensável a comprovação de ocorrência de um dano patrimonial ou moral. Para que seja indenizável o dano, é indispensável ainda, segundo a mesma Autora, a ocorrência simultânea das seguintes características:

diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral;

⁵³ Teoria defendida por Savatier, apud. Renan Miguel Saad, O ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado, Lumen Juris, 1994

⁵⁴ Agentes nessa qualidade.

⁵⁵ o que será abordado em capítulo próprio

efetividade ou certeza do dano;
causalidade;
subsistência do dano no momento da reclamação do lesado;
legitimidade;
ausência de causas excludentes da responsabilidade.

O risco administrativo não se confunde com o risco integral, já que, ainda que não seja necessária a caracterização de culpa do agente para a responsabilização do Estado, este poderá demonstrar a culpa da vítima, excluindo ou atenuando a indenização. A indenização por dano moral tampouco é excluída do âmbito da responsabilidade do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello considera que o dano indenizável em direito administrativo pressupõe a lesão a um direito da vítima, isto é, que ele se caracterize como dano jurídico, e não meramente econômico ou patrimonial. De outra parte, menciona que mesmo por atos lícitos pode a Administração ser compelida a indenizar, no que resta acompanhado por Guilherme Couto de Castro.

O traço distintivo da responsabilidade do Estado, portanto, é o fato de prescindir da identificação da culpa do agente, fugindo ao âmbito das teorias subjetivas da responsabilidade civil para filiar-se às objetivas, o que conduz à teoria de risco administrativo em detrimento do risco integral.

O dano indenizável pode ser material ou moral. Será material, ou patrimonial, quando repercutir no patrimônio da vítima, isto é, quando se caracterizar como lesão concreta consistente na perda ou deteriorização, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

Já o dano moral é a lesão aos interesses não patrimoniais de seu titular, em decorrência do fato lesivo. Não se cuida, então, de dano ao conjunto dos bens da vítima, mas os efeitos do ato lesivo sobre a sua esfera moral. Na distinção entre o dano moral e material não importa a natureza do direito subjetivo atingido, mas a sua repercussão sobre o lesado, razão pela qual um mesmo fato pode ensejar indenização por danos materiais e por danos morais.

É a mesma Maria Helena Diniz quem exemplifica a questão da seguinte forma. "O direito à integridade corporal, que é um direito da personalidade, pode sofrer um prejuízo patrimonial, caso em que a lesão ao interesse patrimonial será representada pelas despesas (dano emergente) com o tratamento da vítima, e pela sua incapacidade de trabalho (lucro cessante), e um prejuízo extrapatrimonial, hipótese em que terá uma lesão ao interesse à incolumidade física que esse direito pressupõe e que sofreu, p.ex; menoscabo em razão de dano estético que pode provocar complexos provenientes das deformações."

E, se assim é, a divisão da teoria do risco decorrente da atividade estatal em risco administrativo e risco integral, feita por Hely Lopes Meirelles e contestada por conceituada

doutrina, dentre outros por Weida Brunini⁵⁶, é necessária e oportuna, de molde a que não se responsabilize, e até inviabilize, a atividade estatal por todo e qualquer evento danoso.

Por tal razão, desta objeção à divisão da teoria do risco, ousamos discordar veementemente, ao passo em que a culpa exclusiva da vítima pode e deve elidir a responsabilidade do Estado. Quer nos parecer perigoso e até irresponsável não reconhecer a divisão.

3. Culpa Exclusiva - Aplicação Analógica do CDC

Entendemos, todavia, que a única forma de elidir a responsabilidade estatal será a prova de culpa exclusiva, eis que havendo apenas a culpa concorrente, persistirá a responsabilidade objetiva.

Este entendimento tem amparo analógico nos princípios postos no Código de Defesa do Consumidor, onde, modificando toda a teoria da responsabilidade civil (teoria subjetiva), à exemplo do que ocorreu no caso Blanco, o CDC veio introduzir em nosso sistema a teoria objetiva (culpa do agente), surgindo a figura da responsabilidade extracontratual.

Nesse diapasão, o artigo 12 afasta por completo a discussão da culpa, podendo-se, para verificar a relação entre o dano e o evento ocorrido, apenas discutir-se o dano e o nexos causal. O que faz com que o fornecedor, para afastar sua responsabilidade, não possa alegar ou não a ocorrência de culpa. Mas poderá discutir o nexos de causalidade, (parágrafo 3º). Cabendo sempre esse ônus ao fornecedor.

Não acatando o CDC a teoria da Culpa Recíproca ou Concorrente, mesmo em se verificando a sua existência, a indenização será integral. Somente provando a culpa exclusiva é que poderá o fornecedor eximir-se da obrigação de indenizar.

Então, sem discrepar dessa valiosa inovação, não se olvide do enquadramento do Estado na categoria de fornecedor de serviços mediante a imposição de Tributos.

Logo, a contraprestação será a eficácia e execução desses serviços incólume de dano ao administrado.

Conclui-se asseverando que, inobstante a exclusividade da culpa não esteja expressamente determinada como cláusula de não indenizar, a responsabilidade do Estado só será elidida na sua ocorrência, a teor da teoria objetiva. É dizer, culpa concorrente não elide o dever de indenização pelo Estado.

Na abalizada lição de Aguiar Dias, "o fato de terceiro pode figurar ao lado do caso fortuito e da força maior na abrangência da expressão causa estanha, usada pelo art. 1.38257 do Código

⁵⁶ "Não há como delimitar o contorno das modalidades do risco administrativo, do risco integral e mesmo do acidente administrativo". (in Da Responsabilidade Contratual da Administração Pública)

Napoleônico, todavia, só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimina totalmente a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato”

Já Silvio Rodrigues assevera que “o indigitado responsável, que o aduz, para que tenha sucesso em sua defesa, precisa demonstrar não só que o fato era imprevisível, como também que era inevitável...”

Daí entendermos que a exoneração só se opera quando elimina totalmente a relação de causalidade, e a única excludente capaz dessa eliminação total será a culpa exclusiva, ao passo em que a culpa concorrente deixará sempre seus resquícios, não eliminando totalmente a relação de causalidade de que nos falam os mestres.

4. Agentes Privados

No objeto em exame, tratando-se de responsabilidade do Estado, é imprescindível relembrar que a Constituição prevê que também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, nos limites da teoria do risco administrativo.

Como se vê, é cediço que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado, na qualidade de prestadoras de serviço público, é patente, somente sendo elidida pela ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa⁵⁸ da vítima para o resultado danoso.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de assentar que “O caso fortuito ou a força maior caracteriza-se pela imprevisibilidade e inevitabilidade do evento. No Brasil contemporâneo, o assalto à mão armada nos meios de transporte de cargas e passageiros deixou de revestir este atributo, tal a habitualidade de sua ocorrência, não sendo lícito invocá-lo como causa de exclusão da responsabilidade do transportador⁵⁹”.

Deixou-se de perquirir aqui a ocorrência de fortuito interno ou externo, dando-se pela responsabilidade objetiva da empresa privada prestadora de serviços de transporte, uma vez que assaltos e roubos, hoje, não mais podem ser considerados imprevisíveis.

A segurança, por imposição constitucional, é dever do Estado. Indiscutivelmente, o prestador de serviço particular de segurança, sob concessão, autorização e fiscalização do Estado, é

⁵⁷ Vazado nos seguintes termos: “Tout fait quel conque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la répare”.

⁵⁸ Como vimos no capítulo anterior, a necessidade de exclusividade da culpa apara afastar, de todo, a responsabilidade.

⁵⁹ REsp. n. 50.129/RJ. Relator o Exmo Sr. Ministro TORREÃO BRAZ

igualmente responsável e na qualidade de pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, responde, nos estritos termos do § 6º do art. 37, da Carta Política, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

5. Omissão Estatal

Diz-se ainda, e com acerto, que em se tratando de omissão do Estado, a responsabilidade passa a ser subjetiva, devendo-se comprovar a culpa ou ao menos a efetiva omissão.

Com efeito, para responsabilizar o Estado por omissão não basta pura e simplesmente alegar a omissão (*faute de service*), mas demonstrar que, sabendo-se responsável, omitiu-se o Estado em seu dever legal, seja por negligência, imperícia ou imprudência, as quais prescindem de serem individualizadas⁶⁰.

Questão tormentosa é saber se diante de conduta comissiva de agente público, poder-se-ia invocar omissão do Estado na sua seleção, ou ainda a culpa in eligendo.

Bom e clássico exemplo é do policial militar que demonstra-se inabilitado ao serviço, causando danos ao administrado no seu agir. Entendemos que aqui se verificam as duas vertentes da responsabilidade do Estado, tanto a objetiva na medida em que responde pelos atos de seus agentes, quanto a subjetiva ao passo em que omitiu-se e falhou na escolha desse agente.

Não se olvide, assim, que a omissão estatal da qual advenha dano ao particular, é igualmente fator de responsabilização, tal qual a conduta comissiva, distinguindo-se apenas no que tange a subjetividade da necessária demonstração da omissão.

6. Conclusão

Sem que se discrepe da melhor doutrina e interpretação jurisprudencial, pode-se concluir, apesar de algumas isoladas divergências que a regra-matriz que passa a disciplinar, a partir do advento da Carta Federal de 1988, a responsabilidade objetiva do Estado e demais entes mencionados, é a teoria do risco administrativo, afastando-se por completo a do risco integral.

Observa-se, ademais, que a inexigibilidade da demonstração da culpa do agente causador do dano constitui o seu elemento diferenciador, essencial, daí chamar-se de objetiva, em oposição à responsabilidade civil subjetiva tradicional regulada pelo Direito Civil, que exige a culpa *lato sensu*, como resultado da ação ou omissão causal do dano, além de outros requisitos comuns à espécie da responsabilidade com culpa.

No que se refere, outrossim, à responsabilidade sem culpa do Estado há a preocupação de socializar-se o ônus do injusto, dividindo-se o custo da indenização entre a coletividade,

⁶⁰ RE 179.147. Rel. Min. Carlos Velloso.

representada pelo ente público, desde que configurado inequivocamente o nexo de causalidade entre a ação própria e direta da administração causadora do mal ou dano infligido à indigitada vítima, como bem pondera Guilherme Couto de Castro⁶¹.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Guilherme H. de La Rocque. O Estado como Objeto de Estudo. Artigo publicado no Jusnavigandi;

BARROSO, Luis Roberto: Interpretação e aplicação da constituição, 1996, Saraiva;

BEVILAQUA, Clóvis: Comentários ao Código Civil, 5ª Edição;

CAMPOS, Francisco: Direito Constitucional, Vol. II. Freitas Bastos, 1956;

CANOTILHO, Gomes: Direito Constitucional;

CASTRO, Guilherme Couto: Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro”, Editora Forense, 1997, p. 52

CRETELLA Júnior, José. Comentários a Lei do Mandado de Segurança, Forense, 9ª ed. 1998;

_____ O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo, Forense, 3ª Edição. 1998;

_____ Tratado de Direito Administrativo, 1970. Ed. Afiliada;

DIAS, AGUIAR: Da Responsabilidade Civil. 10ª edição, Forense, 1995;

DINIZ, MARIA HELENA: Curso de Direito Civil Brasileiro. 10ª Edição. Saraiva, 1996;

DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella: Direito Administrativo, 12ª edição, Atlas.

DORNELES, Leandro do Amaral D. O constitucionalismo: da visão moderna á perspectiva pós-moderna. Artigo publicado mo jusnavigandi;

FEDERIGUI, Wanderley José: A Execução Contra a Fazenda Pública, Sraaiva, 1996;

FERREIRA, Pinto: Princípios de direito constitucional moderno, São Paulo, 5ª ed. Revista dos Tribunais;

FRIEDE, Roy Reis: Lições Objetivas de Direito Constitucional, 1999, Saraiva;

MARTINS, Ives Gandra da Silva: A constituição do Brasil;

MIRANDA, Pontes de: Comentários à constituição de 1967, Forense, 1987, Tomo V;

MEIRELLES, Hely Lopes: Direito administrativo brasileiro, 18ª ed. Malheiros;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: Revista de Direito Público nº 96;

⁶¹ Obra citada.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de: Revista dos Tribunais 739/145;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil.

RÁO, Vicente: O direito e a vida dos direitos, Ed. Resenha Universitária;

REALE, Miguel: Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, Forense, 1968;

_____ Teoria Geral do Direito e do Estado, Saraiva, 2000. 5ª edição.

RIBEIRO, Valéria Cristina Gomes. O Estado como objeto de Estudo. Artigo publicado no Jusnavigandi;

SAAD, Renan Miguel: O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado, Lumen Juris, 1994;

SILVA, José Afonso da: Curso de direito constitucional positivo, 9ª ed. Malheiros;

SILVEIRA, Alípio: Hermenêutica do direito brasileiro, volume II;

TEMER, Michel: Elementos de Direito Constitucional. Malheiros. 1999. 15ª edição;

Advogado. Membro do IAB. Pós-Graduado em Direito Administrativo e Administração Pública - Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro.

O Princípio da Igualdade

Considerações sobre Técnica e Filosofia

Rogério Borba da Silva*

Vinicius da Silva Scarpi**

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Operando com o princípio da igualdade 3. Um debate filosófico 4. Conclusão

RESUMO

Este estudo tem por objeto a análise do princípio da Igualdade, tanto em uma perspectiva pragmática, por meio da técnica jurídica, quanto filosófica, observando suas implicações nas diversas situações do cotidiano e as consequências delas advindas. A sua presença ou ausência suscita debates acerca da discriminação entre homens, especialmente em uma sociedade multicultural, passando o princípio Republicano a servir como orientador para a resolução dos conflitos daí advindos. Sob o ponto de vista filosófico, verifica-se a dificuldade de se ater a uma visão meramente formal, esbarrando-se nos diversos ideais de estado e de direito, onde a efetividade adquire importância para o seu reconhecimento e aplicabilidade. A busca incessante de seu ideal oscila entre esses dois aspectos, bem como dos atores sociais e seus desejos, em busca de uma convivência pacífica entre os seres humanos.

1. Introdução

O princípio da igualdade – ao lado do princípio da liberdade – ocupa um lugar central na teoria política moderna. Em nome deste princípio, revoluções foram feitas, Estados surgiram e se justificaram e, ainda, milhões de pessoas tiveram suas individualidades massacradas pelo discurso igualitário[1]. Por que isso ocorreu? Por que um dos princípios basilares da revolução francesa acabou se tornando o mote de revoluções que, entre outros aspectos, se mostraram extremamente autoritárias e anti-igualitárias?

Muitos responderiam que o mau uso ou o uso cínico do princípio da igualdade é o que levou a certas barbáries. Nisto há que se concordar: não é o princípio em si que deve ser questionado, mas o seu mau uso ou o seu uso irresponsável. A teoria do direito percebe a cada dia a necessidade de relativização dos princípios fundamentais para que esses se harmonizem de acordo com certas razões só verificáveis no caso concreto. Fica rompida com isso qualquer possibilidade de uma hierarquização apriorística dos princípios fundamentais.

Não há como se falar – e se valorizar – somente um princípio fundamental acima de todos[2]. Sendo a dignidade uma e sendo a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a integridade psicofísica[3] aspectos basilares desse valor, não há como colocar qualquer desses princípios em posição de vantagem, implicando duas coisas: a) só no caso concreto é que se podem verificar as razões para a promoção de um princípio em detrimento de outro; e b) não trabalhando com uma hierarquia de princípios, a tarefa argumentativa do intérprete cresce em importância, o que leva à necessidade de um domínio profundo do conteúdo jurídico dos princípios por parte daquele.

Esse quadro apresenta dois momentos de discussão: um no campo da técnica jurídica e outro no campo da filosofia. Ambas as discussões são importantes e necessárias. Como numa relação entre dogmática e zetética, a técnica sem a filosofia não consegue se justificar e esta sem aquela não consegue operar. E é por isso que aqui não se fará opção entre a técnica jurídica que ensina ao operador do direito o bom uso do princípio da igualdade, e a filosofia que justifica o princípio e, acima de tudo, dá conteúdo e significado a esse princípio.

Dessa forma, será tratado, primeiramente, o conteúdo jurídico do princípio da igualdade[4] e, segundo, será apresentada uma discussão do campo da filosofia sobre a igualdade como ideal a ser perseguido[5]. No campo da técnica jurídica, se discutirá entre outros aspectos quem são os destinatários do princípio, de que modo o princípio pode ser relativizado e quais os critérios que devem ser observados para um uso racional do princípio. A discussão filosófica, por sua vez, estará voltada para questões do significado da igualdade, a dicotomia igualdade formal/substancial e a relação entre igualdade e liberdade.

2. Operando com o princípio da igualdade

O princípio jurídico da igualdade pode ser construído – ou reconstruído – a partir de alguns textos normativos, entre os quais: art. 5º, caput e I, art. 7º, XXX e XXXI e art. 3º, III e IV, [6] e tem como destinatários tanto o aplicador da lei quanto o legislador[7]; logo, seja na produção de norma concreta individual ou de norma abstrata geral, não se podem diferenciar os indivíduos sem que haja uma razão legítima para tanto.

Assim, definir a regra de igualdade como tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade não é suficiente para o bom uso do princípio da igualdade. Antes se precisam estabelecer quem são os iguais e em que são iguais, e mais, que situações de desigualdade são juridicamente relevantes para que uma norma jurídica trate

de forma diferenciada os indivíduos. Surgem pois algumas questões: “qual o critério legítimo que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídicos diversos? Ou de outra forma, quais as discriminações juridicamente intoleráveis?

Num primeiro momento seria tentadora a idéia de afirmar que qualquer tratamento jurídico diferenciado em razão de fatores como raça, sexo e religião se mostraria como injustificável do ponto de vista da isonomia. Não se negam essas desigualdades fáticas, os homens são diferentes em infinitos pontos, mas fatores, como por exemplo a raça, não justificariam um tratamento jurídico diferenciado porque trariam consigo a idéia de um privilégio ou um tratamento caridoso com base numa incapacidade de umas das raças em questão. Explica-se. Imaginando, a título de hipótese, uma sociedade marcada durante séculos pela desigualdade racial e que num determinado ponto histórico conseguiu positivar uma regra que proibiria a discriminação racial, uma vez que os homens são iguais, independentemente da raça, imaginamos duas situações.

Na primeira, uma regra jurídica traria um tratamento diferenciado privilegiando o acesso a uma escola pública para a raça que outrora era “dominante”. Não seria difícil imaginar as vozes contrárias a essa regra que seria taxada de ilegal por ferir a regra de igualdade. Na segunda possibilidade, nessa mesma sociedade se produziria uma regra que estimula o acesso da raça outrora marginalizada a uma escola pública. Não faltariam gritos de condenação a essa regra por considerá-la um atentado ao princípio da igualdade já que teria como pressuposto uma incapacidade da uma raça em competir em igualdade de condições com a outra. Em outras palavras, a regra significaria uma declaração de inferioridade de uma raça[8].

Não se discutindo a validade racional desses argumentos, o que aqui interessa é se a eleição do fator raça – assim como dos fatores sexo e religião – a priori, para produção de um tratamento jurídico diferenciado fere o princípio da igualdade. Imaginem-se duas situações fáticas. Na primeira, lei cria concurso para preenchimento de vagas para a função de juiz de direito, e como requisito coloca o fator sexo, ou seja, só as mulheres podem prestar esse concurso. No segundo caso, lei cria concurso para preenchimento de vagas para a função de vigia de banheiros públicos femininos e novamente elege o fator sexo, afirmando que apenas as mulheres podem prestar tal concurso. Ambas as leis ferem o princípio da igualdade?

No que pese a simplicidade dos exemplos, os mesmo são suficientes para que se afirme que o desacato ao princípio da igualdade não está no fator escolhido para o tratamento diferenciado. Assim, qualquer elemento “residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”[9]. Ora, se o desacato ao princípio da isonomia não está no fator escolhido para a discriminação, como se compatibiliza, então, uma discriminação legal em razão de um elemento e o princípio da igualdade? Neste sentido:

“as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”[10].

Logo, não se fere o princípio da isonomia pura e simplesmente por ter sido escolhido o fator racial ou religioso como fator de discriminação, mas faz-se necessário – para que esteja maculada a regra da igualdade – que esse tratamento jurídico diferenciado não se justifique do ponto de vista do estado de coisas a ser alcançado prescrito na Constituição. Uma discriminação jurídica que objetiva manter privilégios sociais não se justificaria, mas uma diferenciação jurídica que desejasse superar desigualdades sociais históricas, em tese, estaria justificada constitucionalmente.

Em suma: quando uma lei estabelece um tratamento jurídico diferenciado em razão de um determinado fator e para atingir um determinado fim, há que se observar três questões para que se sentencie se essa lei fere ou não o princípio da igualdade. A primeira questão refere-se ao elemento tomado como fator de discriminação; a segunda diz respeito à correlação lógica entre o elemento tomado como fator de discriminação e a disparidade estabelecida pela lei e, por último, deve-se observar se a correlação lógica estabelecida está de acordo com os interesses constitucionais consagrados.[11]

Quanto ao fator de discriminação, a lei não deve adotar um critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar[12]. Assim, uma lei que criasse um benefício e apontasse como requisitos para atingir esse benefício traços que somente um indivíduo, sabidamente, possui, e impossíveis de serem atingidos futuramente por outros estaria ferindo o princípio da igualdade. Fique claro que o fato de um só indivíduo fazer jus a tal benefício não fere o princípio da igualdade, o que fere o princípio da isonomia é a impossibilidade de outros – e essa impossibilidade tem de ser conhecida – atingirem tal benefício.

Em relação ainda ao fator de discriminação, o traço diferencial adotado deve, necessariamente, residir na pessoa, coisa ou situação a ser diferenciada; ou seja, elemento algum que não “exista nelas mesmas pode servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes”[13]. Esta ressalva se mostra de muita valia na medida em que, constantemente, o fator tempo é apresentando como elemento de discriminação. Ora, tempo não reside nas pessoas e se não reside nas pessoas, essas não podem sofrer tratamento diferenciado em razão do tempo. Da mesma forma, o tempo não reside nas coisas, logo o fato de situações terem ocorrido em momentos distintos não justifica por si só um tratamento jurídico diferenciado.

O tempo é neutro, não é elemento discriminador, mas sim a própria sucessão de fatos ou de estados transcorridos ou a transcorrer. Quando a lei prescreve uma situação a partir de “tal data”, na realidade o fator de discriminação é existir e não existir. A data escolhida faz distinção entre situações que existem e situações que não existem, e o fator existência é que é escolhido como elemento de diferenciação, e não o tempo, por ser este neutro e não residir nas coisas, pessoas e situações.

Com mais razão:

“(...) ao se examinar algum *discrímen* legal, para fins de buscar-lhe afinamento ou desafinamento com o preceito isonômico, o que se tem de perquirir é se os fatos ou situações alojados no tempo transacto são, eles mesmos, distintos, ao invés de se indagar pura e simplesmente se transcorreram em momentos passados diferentes”[14].

E mais:

“(...). Portanto, se a lei confere benefício a alguns que exerceram tais ou quais cargos, funções, atos, comportamentos, em passado próximo e os nega aos que exerceram em passado mais remoto (e vice-versa) estará delirando do preceito isonômico, a menos que existam, nos próprios atos ou fatos, elementos, circunstâncias, aspectos relevantes em si mesmos, que os hajam tornado distintos quando sucedidos em momentos diferentes”[15].

Assim, por ser o tempo neutro – por não ser o tempo uma qualidade – não se podem discriminar com base nesse fator situações sem que com isso fique mitigado o princípio da igualdade[16]. Da mesma forma, o fator espaço também não reside nas pessoas, situações ou coisas, daí não poder ser também escolhido como fator de discriminação. Há de existir certas situações localizadas num determinado espaço para que exista um tratamento jurídico diferenciado, mas ressalte-se, o fator de discriminação não é o espaço por si só, mas algo que exista no espaço[17].

Ultrapassada a análise do fator de discriminação, deve-se examinar a “correlação lógica entre fator de *discrímen* e a desequiparação procedida”. O princípio da igualdade costuma ser ferido não na escolha do elemento que funciona como fator de diferenciação, pois esse, feitas as ressalvas supra, podem, em tese, ser qualquer um. O princípio tende a ser mitigado na relação lógica entre o fator de *discrímen* e o tratamento diferenciado, uma vez que por vezes são estabelecidos tratamentos jurídicos diferenciados que não guardam nexos plausíveis com o elemento escolhido para a discriminação. Assim, por exemplo, a escolha do fator altura, por si só, não fere o princípio da isonomia. Se um concurso exige uma altura mínima para a função de guarda presidencial – onde a presença imponente é um requisito válido[18] – não se estará ferindo a regra isonômica, mas se é exigida altura mínima para a função de professor universitário, este tratamento diferenciado não guardará nenhum nexo lógico[19] com o elemento altura, ficando, portanto, maculado o princípio da igualdade.

Deste modo, o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se atém aos elementos escolhidos como fatores de desigualdade, “pois resulta da conjunção deles com a disparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados.”[20]

A última questão a ser analisada se refere justamente à razão pela qual se procedeu a um tratamento jurídico diferenciado. Eleito certo fator e produzido tratamento normativo lógico diferenciado em razão desse fator, o que se exige, para que seja celebrado o princípio da igualdade, é que essa desequiparação seja fundada numa boa razão, ou seja, que ela seja boa – positiva. A seguinte questão deve ser respondida: o que legitima certa discriminação legal?

Muitas poderiam ser as respostas, desde uma defesa da vinculação do Direito com a Moral até a simples redução da legitimidade a uma legalidade formal. No que pese a tentação de se enfrentar essa discussão, a verdade é que num Estado de Direito é a Constituição que funciona como repertório de valores a serem perseguidos. Diante de uma discriminação legal, o derradeiro teste de validade dessa se dá na concordância do estado de coisas perseguido pela norma e os valores constitucionais. Logo, “exige-se que, in concreto, o vínculo de correlação entre o fato diferenciador e o tratamento jurídico diferenciado em razão dele resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa para o bem público”.[21]

Por último, fica o alerta da necessidade de cautela para o bom uso do princípio da igualdade. Não se devem criar diferenciações que a lei não tenha assumido como relevantes, uma vez que, na esfera pública, e assim é também em razão do princípio republicano, a presunção deve ser a da igualdade.

3. Um debate filosófico

Uma vez ultrapassada a técnica jurídica, a discussão sobre a igualdade deve se travar também no campo da filosofia. Afirmar o princípio da igualdade significa não afirmar o da desigualdade ou do privilégio, e, se assim é feito, é porque um longo caminho foi percorrido até que se associasse a igualdade à idéia de justiça. No terreno da filosofia do direito, a igualdade se afirmou de forma mais evidente nas revoluções burguesas do século XVIII e desde então é erigida como pilar dos ordenamentos jurídicos democráticos.

É verdade que a igualdade dos burgueses do séc. XVIII sofreu modificações até os dias atuais. Partimos de uma igualdade formal, inscrita na prescrição de que todos são iguais perante a lei até atingirmos a defesa de uma igualdade substancial, que se apresentou sob formas e conteúdos variados, mas que atualmente se atualiza mais na idéia de um direito ao reconhecimento e à diferença. Esse teria sido pois o caminho percorrido pelo princípio da igualdade desde as primeiras constituições: primeiro uma igualdade formal, depois uma igualdade substancial desejosa de uma distribuição igualitária dos bens, e por último uma igualdade que se aperfeiçoa na diferença e valoriza e reconhece a esta. Mas que fatores fizeram que esse caminho, e não outro, fosse percorrido?

As sociedades burguesas do final do século XVIII início do XIX estavam fortemente influenciadas pela idéia de igualdade. A Constituição representava o pacto de convivência celebrado entre os iguais, e se assim era, nada mais justo que todos fossem iguais perante a lei. Mas quem eram esses todos? Se se toma a sociedade americana da época da independência como exemplo é fácil se perceber a igualdade como ideal político. Os pais fundadores afirmaram a igualdade entre todos e essa igualdade formal se tornou uma das marcas da “sociedade de princípios” que se tornaria a sociedade americana.

Quando se pensava em esfera pública nas sociedades burguesas do século XIX logo se imagina um debate firmado entre iguais. Debate esse produzido pelo parlamento e apoiado pela razão. Fruto da razão entre iguais, a lei não poderia criar privilégios entre os cidadãos que eram “essencialmente” iguais. E neste sentido não havia razões para duvidar dessa igualdade em “essência” na esfera pública. E por que não? Porque todos eram iguais, desde que, evidentemente, todos se referem a homens brancos protestantes e proprietários. Não-homens, não-brancos, não-protestantes e não-proprietários não estavam na esfera pública, não participavam das deliberações, o que tornava a cidadania uma igualdade que só se afirmava na exclusão dos desiguais.

Ao se relacionar na esfera pública, o cidadão burguês estava diante do espelho, ele olhava para o outro e via a si mesmo. Não havia necessariamente reconhecimento, mas confusão e identidade, a homogeneidade assegurava a igualdade formal. Mas a homogeneidade na esfera pública não se sustentou, e isso se deve basicamente a dois fatores, um de origem interna e outro, externa. Internamente, grupos antes segregados, como os negros e as mulheres, conseguiram a custa de muita luta e muito sangue serem ouvidos e reconhecidos na esfera pública.

Já na ordem externa, à medida que as potências do norte iam enriquecendo e as do sul empobrecendo grupos sociais promoveram movimentos migratórios em massa em busca de trabalho. Com a migração em massa para o norte, passaram a dividir o mesmo espaço – físico – diferentes grupos culturais, com visões éticas distintas. Como se opera um direito à igualdade em sociedades plurais? Há universalidade de valores e necessidades? O Estado deve se manter inerte, em nome da autonomia privada, ou deve buscar uma postura ativa comprometida com a preservação e a promoção de identidades culturais diversas?

Então, primeiramente, o direito de igualdade se afirmou como uma igualdade formal, igualdade de todos perante a lei, sem possibilidades de privilégios e favorecimentos, o que, sem dúvida, representou uma revolução jurídica e social no campo das relações humanas. Com o avanço do capitalismo, a difusão do marxismo e a organização crescente dos movimentos sociais, cresceram as críticas ao caráter puramente formal da igualdade – vista agora, como mais um instrumento ideológico burguês, pois a afirmação jurídica de igualdade formal na realidade escondia uma desigualdade material crescente e monstruosa.

Ora, foi a época da valorização da igualdade substancial: a igualdade de fato. Não se buscava mais apenas uma igualdade declarada num texto legal,urgia a necessidade de uma crescente melhor distribuição da renda e dos bens. A igualdade formal já não era mais suficiente e já não mais conseguia cumprir o seu papel ideológico de manutenção da ordem. Diante desses fatos, a ideologia burguesa, atenta às novas demandas sociais, promoveu o chamado Estado de Bem Estar Social, que não mais se apresentava como um Estado neutro, inerte, garantidor de contratos, mas como um Estado gigante, forte, ativo na economia e distribuidor de benefícios sociais. Se o Estado neutro do séc. XVIII buscava a guarda da igualdade formal o Estado ativo do séc. XX buscava a promoção também da igualdade, mas em seu aspecto substancial – material.

Com a queda do Muro de Berlim e o colapso das economias “socialistas”, a ameaça vermelha pareceu vencida. Ora, se era justamente em razão da ameaça comunista que os Estados capitalistas liberais tinham se transformado em Estados de Bem Estar Social, agora, vencido o inimigo vermelho, não se fazia mais necessária uma participação tão ativa do Estado na economia. Mais uma vez, seguindo os rumos da realidade política, o direito de igualdade sofreu nova virada em seu conteúdo. Primeiro, era a igualdade formal associada ao Estado liberal, depois a igualdade substancial – material – associada ao Estado de Bem Estar Social e, atualmente, a igualdade substancial – mas ligada a uma idéia de reconhecimento das diferenças, uma igualdade na diversidade – ligada ao Estado Pós-Guerra Fria.

Assim, a igualdade substancial dos tempos de socialismo real foi substituída pela idéia de igualdade substancial dos tempos de neoliberalismo. Esta preocupada com o multiculturalismo, com o direito à diferença e a necessidade de entendimento na diversidade, e aquela preocupada com uma superação das diferenças de classe. Caiu o Muro, o discurso de socialismo foi substituído pelo discurso de cidadania e a dicotomia burguesia/proletariado foi substituída pela idéia de pluralismo – tanto do ponto de vista das determinações morais individuais quanto das realizações éticas dos grupos.

Esse breve panorama já demonstra a dificuldade de se operar com o princípio da igualdade. A igualdade puramente formal se mostra insuficiente diante das demandas de inclusão social e melhor distribuição de renda. Ainda que não se negue o caráter revolucionário que teve a declaração de igualdade formal, o fato é que diante das mazelas de nosso sistema de produção seria necessária muita insensibilidade social para entendê-la como suficiente.

Declarar a insuficiência da isonomia perante a lei, não significa afirmar ser a igualdade substancial a solução para todas as problemáticas sociais, pois essa também pode ser questionada, tanto do ponto de vista fático quanto do ponto de vista filosófico. Do ponto de vista fático, a primeira grande questão sobre a igualdade substancial – nesse momento entendida como igualdade material – refere-se aos limites econômicos dos Estados, em outras palavras, de que adianta afirmar e prescrever uma igualdade material onde faltam recursos para sua implementação? Além disso, não se deve esquecer que a premissa básica sobre a

qual trabalhamos é o capitalismo, ou seja, de que adianta o Direito prescrever a igualdade material se a lógica do sistema econômico – e aqui não se acredita que a lei dirija esse sistema – é justamente o oposto da igualdade material – a acumulação de capital com a conseqüente desigualdade material?

No campo da filosofia – e nesse ponto aqui se adota uma postura zetética – ao se afirmar a igualdade material, a igualdade na distribuição de bens, tem-se que decidir primeiro alguns critérios, entre os quais: igualdade em relação a que bens? Todos os bens ou alguns bens? A cada um segundo a capacidade ou a cada um segundo a necessidade? E no final, por que seria a igualdade no acesso ou na posse de bens superior – do ponto de vista moral – do que a desigualdade?[22] Essas questões deixam clara uma intensa querela filosófica que só pode ser resolvida por um corte arbitrário, que no caso dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos ocorre com a promulgação das Constituições. Em última análise, essa questão é resolvida pelas escolhas constitucionais. Mas embora, as escolhas constitucionais resolvam a questão do ponto de vista filosófico – porque marcam premissas e prescrevem valores – do ponto de vista fático as Constituições parecem inócuas diante da brutalidade do sistema de produção[23].

Ocorre que atualmente – como já destacado no trabalho – a igualdade substancial como igualdade material perdeu terreno para a igualdade substancial como reconhecimento e direito à diferença. Com a igualdade substancial, hoje, não se busca o fim das diferenças, mas sim a promoção dessas diferenças, desde que as mesmas não signifiquem discriminação.[24] Mas essa virada não significou a superação de problemas, mas do contrário, outras questões surgiram!

As sociedades plurais deparam-se com uma necessidade de entendimento, mas o que se observa é uma tendência à intolerância e ao fundamentalismo, o que se apresenta como uma imensa dificuldade, pois como afirma Habermas, um acordo baseado em convicções não é possível[25]. Diante do desafio do pluralismo, existem três grandes correntes de pensamento que sugerem respostas, todas comprometidas com uma prática democrática onde a figura do outro representa um valor a ser preservado e considerado, são elas: o comunitarismo, o liberalismo e a democracia deliberativa.[26]

Os liberais vinculam a idéia de pluralismo às concepções individuais acerca do bem. Cada indivíduo possui sua concepção pessoal sobre uma vida digna e em razão dessa pluralidade de visões individuais, cada um deve ter uma esfera de autonomia privada livre da interferência dos outros indivíduos. Entendendo o pluralismo dessa forma, os liberais pregam um Estado neutro, que não interfira nas visões substantivas individuais[27].

Não podendo o Estado interferir na esfera privada, o espaço público é formado por valores sob os quais não cabe discussão, ficando, com isso, o processo democrático sempre limitado pelos direitos e liberdades individuais[28]. Há na vertente liberal uma primazia da liberdade sobre a igualdade.

Os comunitários, por sua vez, associam o pluralismo não aos indivíduos, mas aos grupos sociais. Pluralismo, em última análise, refere-se à diversidade de identidades sociais, o que implica a soberania popular, enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos, como prioritária frente aos direitos individuais[29].

Diferente do Estado liberal que deve ser neutro – pois com isso fica assegurada a autonomia privada dos indivíduos – o Estado comunitário não deve tratar igualmente os grupos com valores culturais distintos – aqui o princípio da igualdade substancial assume a forma de um direito à diferença. O direito de igualdade funcionará no sentido de obrigar o Estado a respeitar as diferenças e atuar de forma distinta conforme os valores compartilhados pelo grupo. A igualdade aqui está numa posição de primazia em relação a liberdade

Os deliberativos – que tem em Habermas sua expressão maior – partem de uma visão de pluralismo que inclui tanto as concepções individuais sobre a vida digna quanto a diversidade das identidades de grupos[30]. Habermas procede a uma releitura dos direitos subjetivos. Para ele, os direitos subjetivos, enquanto elementos da vida jurídica, pressupõe a colaboração entre os sujeitos que mutuamente se reconhecem como co- associados livres e iguais perante o direito[31].

E é justamente na co-originalidade de autonomias pública e privada – igualdade e liberdade – que se explica a legitimidade do direito. O direito legítimo não é aquele que privilegia a igualdade ou a liberdade. Os indivíduos só ingressarão na esfera pública – autonomia pública/igualdade – se tiverem a garantia de que não serão esmagados em sua individualidade – autonomia privada/liberdade – e, da mesma forma, só terão a garantia de que suas individualidades não serão aniquiladas se ingressarem na esfera pública. Em suma, para os deliberativos, igualdade e liberdade são na mesma medida importantes e dependentes. Por fim, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente.

4. Conclusão

Não obstante as dificuldades no tratamento do princípio da igualdade substancial – e essas dificuldades se iniciam com a conceituação imprecisa e variada na doutrina – esse se apresenta como um dos princípios basilares da dogmática jurídica. Poucos ideais tiveram a força propulsora que este princípio teve nas aspirações humanas. Desde muito a igualdade sempre esteve associada a uma idéia de justo, e, como esta, sempre se apresentou de forma variada, objeto de discussões apaixonantes.

As sociedades contemporâneas deparam-se com o desafio do pluralismo e com a necessidade de inclusão, de solidariedade. A lógica de competição e da busca individual das realizações precisa ser suavizada e relativizada em razão de uma necessidade de ajuda mútua, onde a solidariedade se apresenta como um dever jurídico e não como obra de caridade.

Ao ser consagrado como valor fundamental do sistema, a dignidade da pessoa humana implicou, entre outras coisas, a necessidade de reconhecimento do outro. Reconhecimento esse que não significa assimilação, mas convívio na diferença e, por que não?, celebração dessa diferença. Os indivíduos e os grupos sociais em muitos fatores se assemelham, e nisso devem ser iguais, mas em outros tanto se diferenciam, e nisso devem ter a garantia jurídica que serão respeitados. A garantia jurídica em tela está contida no princípio da igualdade substancial, que diante do pluralismo – seja do ponto das concepções morais individuais ou realizações éticas dos grupos – assegura que os indivíduos e os grupos serão respeitados e não serão marginalizados.[32]

A democracia se realiza contemporaneamente não na idéia de consenso entre iguais, mas sim num exercício contínuo de convivência entre todos os diferentes, principalmente naquilo sob o qual já não se consegue mais o consenso. Ser diferente, reconhecer e ter de conviver é este o desafio das sociedades que buscam no diálogo o procedimento regulatório de sua convivência, e esta convivência, cada dia mais, só se torna possível em razão do princípio da igualdade substancial. É justamente na liberdade e na igualdade – e na sua co-originalidade – que se estabelece o pacto de convivência legítima entre os seres humanos.

Notas de Rodapé

[1] Pode-se citar o discurso igualitário justificador nos casos da China, da União Soviética, Cuba etc.

[2] Neste sentido, talvez só se possa falar em posição favorável a priori do princípio da dignidade da pessoa humana.

[3] BODIN, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional do. Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2003. p. 85.

[4] Serão usadas como base do trabalho, no que concerne à técnica do direito, as importantes obras de Celso Antônio Bandeira de Mello e Humberto Ávila.

[5] A discussão filosófica se justifica por se entender que a argumentação constitucional positiva não é suficiente. Não que exista a pretensão de se buscar um argumento absoluto para igualdade, mas um argumento suficiente, e este não pode estar calcado apenas na previsão, ainda que constitucional, do princípio, pois, de outro modo, a não previsão desse princípio serviria como justificativa para sua não perseguição. O argumento positivista é perigoso nesse sentido, já que enquanto o ordenamento é “bom” esse serve, mas o ordenamento nem sempre o é. Dessa forma, não há rigor filosófico numa argumentação desse tipo, que se traduziria da seguinte forma “se a lei é boa ela serve de argumento suficiente, mas se ela é ruim busca-se outro fundamento”. Essa argumentação é fraca por nela já estarem contidos critérios como “boa” ou “ruim” que não são definidos por lei, e ainda por não apresentar um compromisso idealístico. Ou o ideal de igualdade se justifica ou não se justifica, e a previsão legal deve ser encarada como consequência disso e não como fundamento suficiente, afinal, não se pode dizer que as pessoas são dignas apenas por que uma lei assim o declara.

[6] AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 214.

[7] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 9.

[8] Infelizmente, alguns representantes da raça negra se manifestaram contrários a lei de cotas nas universidades públicas por considerá-la como uma declaração de inferioridade da raça negra, que não estaria em condições de competir em igualdades de condições com os brancos. Com isso, não percebem que reproduzem o discurso ideológico das elites brancas que querem justamente que o discurso da igualdade funcione como um forte fator ideológico de manutenção das desigualdades sociais. As leis de cotas não declaram a inferioridade de uma raça, mesmo porque a

idéia de raça, do ponto de vista biológico e antropológico, talvez não mais se sustente, mas, na realidade, trata-se de não se fechar os olhos para uma discriminação social histórica que colocou o negro numa posição desprivilegiada e que precisa de correção através de um tratamento diferenciado.

[9] Idem p. 17 [10] Ibidem

[11] Ibidem p. 21. [12] Ibidem p. 23. [13] Ibidem

[14] Ibidem p. 34 [15] Ibidem

[16] O tempo não reside nas pessoas, mas a idade é sim uma qualidade, servindo, portanto, como elemento de discriminação.

[17] Imaginando dois espaços, um representado por "aqui" e outro por "ali". Aqui e ali não são qualidades, mas podem existir situações em aqui e ali que os distingam, como exemplo, ser quente ou frio, pobre ou rico, perigoso ou seguro etc. Então, por ser aqui perigoso e ali seguro é que pessoas localizadas nesses espaços podem ser diferenciadas, e não simplesmente por estarem aqui ou ali, sem as qualidades "perigoso" ou "seguro" não se justifica uma diferenciação.

[18] Ibidem

[19] Celso Antônio lembra que essa correlação lógica não é sempre absoluta... [20] Ibidem p. 38

[21] Ibidem p. 41

[22] BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 2ª

ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 24

[23] Ainda sobre questões relativas a igualdade material, poder-se-ia citar o caráter extremamente autoritário que costumou dar a tônica do discurso igualitário. Nesse sentido, Estados tirânicos costumaram – e costumam – a justificar suas ações em razão da necessidade de promoção da igualdade material, ainda que isso signifique massacre e esmagamento da liberdade dos indivíduos.

[24] DENINGER, Erhard. "Segurança, Diversidade e Solidariedade" ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade", p. 29

[25] HABERMAS, Jürgen. "Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos" in: Direito e Legitimidade, Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, pp. 67-82, p. 82

[26] Nesse sentido Cf. CITTADINO, Gisele. "Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea". Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

[27] Idem p. 85. [28] Ibidem p. 87. [29] Ibidem p. 105. [30] Ibidem p. 109. [31] Ibidem.

[32] BODIN, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional do. Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2003. pp. 86-88

Referências Bibliográficas

AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2004.

BERLIN, Isaiah. "Dois conceitos de Liberdade", in Quatro Ensaios sobre a Liberdade. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BERTEN, Andre. "Republicanism e Motivação Política", in: Direito e Legitimidade. Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, pp. 21-36.

BOBBIO, Norberto. "Liberdade", in Liberdade e Igualdade. Tradução: Carlos Nelson

Coutinho, 2ª ed, Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BODIN, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional do. Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2003.

CITTADINO, Gisele. "Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea". Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

DENINGER, Erhard. "Segurança, Diversidade e Solidariedade" ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade".

HABERLE, Peter. "Liberdad, igualdad, fraternidad" in 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jurgem. "Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos" in: Direito e Legitimidade, Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, pp. 67-82

_____. A Ética da Discussão e a questão da Verdade. São Paulo: Martins Fontes, 2004

HELD, David. "Modelos de Democracia". 2ª. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

MILL, Stuart. Sobre a Liberdade, Tradução: Alberto da Rocha Barros, 2ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1991.

PETTIT, Philip. Republicanismo – una teoria sobre la libertad y el gobierno. Tradução: Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. "Republican Freedom and Constestatory democratization"

SANDEL, Michael J.. "Democracy's Discontent – America in search of a Public Philosophy". Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

SELLERS, M. N. S. "The Sacred Fire of Liberty – Republicanism, Liberalism and the Law". New York: New York Press, 1998.

SKINNER, Quentin. "Liberdade antes do Liberalismo". Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1999.

***Advogado. Membro do IAB. Mestre em Direito pela FDC. Especialista pela UCAM . Professor Universitário.**

****Advogado. Mestre em Ciencias Jurídicas pela PUC/Rio e Doutorando em Direito da Cidade pela UERJ. Professor Universitário.**

Convenções Internacionais à Luz da Soberania Nacional

Sergio Tostes

"Não há poderes soberanos. Todos os poderes são subordinados à Constituição; e, se dela exorbitam, hão de voltar a ela pela força constitucional da autoridade judiciária."

Rui Barbosa

SUMÁRIO

1. Introdução **2.** Direitos Individuais Fundamentais **2.1.** Evolução Histórica **2.2.** Direitos Individuais Fundamentais na Constituição Federal de 1988 **3.** Direitos Fundamentais x Normas Internacionais **3.1.** Princípio da Soberania Nacional **3.2.** Controvérsias sobre a Aplicação e Interpretação das Convenções Internacionais **3.2.1.** Contexto Histórico **3.2.2.** Quanto à Matéria Convencionada: Conteúdo das Convenções **3.2.3.** Incorporação ao Direito Brasileiro **3.4.** Convenções Internacionais x Direitos Pessoais – Supremacia da Constituição Brasileira

1. Introdução

Vivemos, nos dias de hoje, sob a égide da globalização. O processo de universalização e internacionalização dos direitos situa-se como um movimento relativamente recente na história do direito, apresentando delineamentos marcantes nos últimos anos, a partir da explosão da informática que aproximou pessoas e países, em proporções quase inimagináveis. A consciência dos problemas climáticos mundiais e principalmente a recente crise financeira internacional completou o realinhamento dos países, pois viu-se que os problemas globais não podem mais ser resolvidos por nenhum único país isoladamente.

Nesse contexto, faz-se necessária a análise do modo pelo qual a Constituição Brasileira de 1988 protege os direitos e garantias fundamentais, em especial os direitos pessoais, em relação às normas internacionais, à luz do princípio da soberania nacional.

2. Direitos Individuais Fundamentais

2.1. Evolução Histórica

O pensamento de que as pessoas têm direitos inerentes a sua própria condição humana não é novo. De há muito, as sociedades organizadas garantem, em seus ordenamentos jurídicos, direitos que visam a assegurar o viver digno das pessoas.

O marco inicial pode ter sido o Código de *Hamurabi* (1690 a.C.), que expressava a defesa de direitos comuns a todos, como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família e a supremacia da lei sobre os governantes.

O Direito Romano, base última do direito codificado, na Lei das XII Tábuas, também dispôs sobre a liberdade, a propriedade e a proteção aos direitos do cidadão.

O Cristianismo, por sua vez, consagrou o princípio da igualdade de todos os homens, fazendo-os à imagem e semelhança de Deus e encarados com absoluta identidade, independentemente de origem, raça, sexo ou credo.

Por outro lado, já na Idade Média, é reconhecida a limitação do Poder Estatal face aos interesses individuais. Nenhum país produziu tantos documentos de limitação do poder em relação à proteção dos indivíduos quanto a Inglaterra.

Cynthia Guimarães Tostes Malta, em seu exemplar texto "A Evolução dos Direitos Fundamentais" destaca os seguintes documentos, dentre outros:

- A Magna Carta, de 1215, imposta pelos barões ingleses, apoiados pelo clero e burguesia, ao Rei João-Sem-Terra, em que este se comprometia a respeitar as leis que dispunham sobre as liberdades fundamentais do reino, restrições tributárias e proporcionalidade entre delito e sanção;
- A *Petition of Rights*, de 1628, que previa que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de qualquer forma, molestado ou inquietado, por causa desses tributos ou da recusa em pagá-los. Previa, também, que nenhum homem livre ficaria preso ilegalmente;
- O *Habeas Corpus Act*, de 1679, regulamentou o *habeas corpus*, que já existia na *common law*. Tratava-se de medida instituída como garantia da liberdade dos súditos contra prisões ilegais ou abusivas;
- O *Bill of Rights*, de 1689, significou enorme restrição ao poder estatal, principalmente por fortalecer o princípio da legalidade, criar o direito de petição e vedar a aplicação de penas cruéis e desumanas; e,

- O *Act of Settlement* (Lei do Estabelecimento) que exigiu o prévio consentimento do Parlamento para declarar guerras e impedia a destituição de magistrados pelo Rei.

(fim da referência)

Todas as formulações jurídicas sobre o tema serviram de base para as discussões dos grandes intelectuais que forjaram a independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa.

As discussões dos federalistas norte-americanos contribuíram com importantes documentos sobre direitos fundamentais, como a Declaração de Independência, de 1776, que proclamou o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Pode-se dizer que esses instrumentos e o Código Napoleônico, que lhe é contemporâneo, são a base do direito moderno, ordenando a relação de Estado com Estado, de Estado com cidadãos e de cidadãos com cidadãos.

Em matéria específica de formulação de direitos individuais, foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão promulgada na França em 1789 o grande salto de qualidade jurídica, com a instituição de diversos princípios (igualdade, liberdade, prosperidade, segurança, resistência à opressão, legalidade, liberdade religiosa, livre manifestação do pensamento etc).

Os direitos fundamentais foram sendo cada vez mais explicitados nas constituições nos diversos países. A 2ª Guerra Mundial mostrou que para a obtenção da paz era necessário alargar além das fronteiras de cada país a preocupação internacional para uma proteção aos direitos nacionais sem detrimento dos direitos individuais.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, até hoje o mais amplo documento concebido em favor da humanidade.

Os direitos fundamentais são inesgotáveis, pois à proporção que a sociedade evolui, surgem novos anseios para as comunidades. Nesse sentido, o Prof. José Afonso da Silva aborda o assunto:

"O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos é coisa recente e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários."

Nesse mesmo diapasão, complementa o renomado Prof. Norberto Bobbio:

"O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais

limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”.

Em nosso país o processo de redemocratização completado em 1985, 21 anos depois de um regime arbitrário, desembocou na promulgação da Constituição Federal de 1988, que não apenas estabelece um regime político democrático, como propicia notável avanço no que se refere a direitos e garantias fundamentais.

Nossa Constituição de 1988 se espelhou na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e consagrou em seu texto direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e políticos. Daí ser justamente conhecida como a Constituição Cidadã.

2.2. Direitos Individuais Fundamentais na Constituição Federal de 1988

O compromisso ideológico e doutrinário dos direitos fundamentais, que serve de pilar básico ao Estado Democrático de Direito, aparece logo no preâmbulo da nossa Lei Maior:

“(...) para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)”.

Esse compromisso se manifesta por todo o texto constitucional, de forma explícita ou implícita, conforme se observa logo no seu artigo 1º, inciso II (cidadania) e no inciso III (dignidade da pessoa humana).

Desses normativos, extrai-se que não há Estado Democrático de Direito sem direitos fundamentais, como também inexistem direitos fundamentais sem democracia. O Prof. José Afonso da Silva leciona que:

“A cidadania, como princípio básico de Estado brasileiro, deve ser compreendida num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático”.

No rol dos direitos fundamentais destacam-se os direitos pessoais do cidadão brasileiro que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência

aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado, tanto no âmbito interno quanto externo.

Assim é que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura aos cidadãos brasileiros a proteção de direitos pessoais, destacando-se:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)"

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

A referência à dignidade da pessoa humana engloba todos os direitos fundamentais, especialmente os direitos pessoais. A obrigação primordial do Estado é propiciar condições para que as pessoas se tornem dignas.

Oportuno destacar os comentários de Celso de Albuquerque Mello sobre os direitos do cidadão brasileiro:

"A razão principal para isto é que o Estado tem a obrigação de proteger os seus nacionais. Outras razões podem ser acrescentadas: a) 'ninguém pode ser subtraído a seus juízes naturais'; b) o direito do nacional de habitar o seu próprio Estado; c) a dificuldade de defesa em tribunais estrangeiros; d) a falta de imparcialidade da justiça estrangeira, etc."

A Constituição Federal também estabelece os direitos e garantias individuais na condição de cláusulas pétreas, conforme o artigo 60, § 4º, inciso IV.

O regime jurídico e as decisões judiciais deverão sempre proteger as pessoas naturais, brasileiros e estrangeiros no território nacional, assegurando-lhes todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

3. Direitos Fundamentais x Normas Internacionais

O mundo globalizado dá azo a divergências entre os direitos constitucionais e as normas internacionais. A aplicação de um tratado ou convenção internacional pode acarretar o descumprimento de preceitos das constituições nacionais, mormente no tocante a direitos e garantias individuais.

Trata-se de relevante controvérsia que necessita ser analisada sob o ponto de vista de dois valores constitucionais: a cooperação internacional e a proteção dos direitos e garantias individuais fundamentais.

É necessária uma avaliação crítica das normas previstas nas convenções internacionais *vis a vis* os preceitos fundamentais da Constituição, de forma a evitar danos irreparáveis aos direitos de um nacional.

A importância da proteção dos direitos pessoais é patente, haja vista a possibilidade de choque entre esses direitos, de um lado, e de sua pretendida mitigação pelas convenções internacionais.

Nesse contexto, torna-se imperiosa a análise do tema sob o ponto de vista do princípio da soberania nacional e dos direitos individuais/pessoais fundamentais em caso de conflito com determinados normativos internacionais.

3.1. Princípio da Soberania Nacional

O princípio da soberania nacional está no topo da estruturação da ordem mundial.

Os Estados Soberanos têm personalidade jurídica internacional; possuem todos os direitos e deveres reconhecidos internacionalmente e, por isso, são classificados como sujeitos primários do Direito Internacional Público.

Os Estados Soberanos devem: a) respeitar ao limites internacionais; b) dar prevalência ao princípio territorial no trato de direitos pessoais; c) preservar a igualdade soberana entre os Estados; d) não intervir em assuntos internos de outros Estados; e) buscar o equilíbrio nas relações internacionais.

Nesse sentido, o princípio da soberania entre os povos, conceituado pela doutrina como um direito exclusivo de determinada nação ou determinado povo, impede que nações estrangeiras exerçam todo e qualquer tipo de “pressão” sobre os nacionais de outros países.

Nas relações internacionais, soberania quer dizer igualdade entre povos e esse conceito é suficiente para considerar que não há nação mais ou menos forte, apesar das considerações políticas acerca de países mais ou menos desenvolvidos e potências econômicas, que em nada afetam o princípio da igualdade política.

Do exercício da soberania são extraídos os direitos e os deveres dos Estados em suas relações recíprocas na ordem internacional.

A soberania no Brasil é o primeiro fundamento da Constituição Federal, eis que presente no artigo 1º, inciso I, *in verbis*:

"Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania; (...)."

A soberania é a principal característica do Estado Democrático de Direito e da República. Nas palavras de Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos, "(...) de república não se tratará se houver alguém dentro do Estado que possa exercer o poder em nome próprio".

Conforme preceitua o artigo 4º da Constituição, o Brasil, em suas relações internacionais, deve obedecer aos seguintes preceitos:

"Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos; (...)."

A independência nacional e a prevalência dos direitos humanos são diretrizes constitucionais que devem ser obedecidas quando em confronto com normas internacionais.

Nem nas relações internacionais o Estado brasileiro está autorizado a ferir e lesar os direitos humanos e a independência nacional. Esses valores devem ser considerados, de forma obrigatória, pelo poder público ao aplicar determinadas normas internacionais.

Os preceitos previstos no artigo 4º da Carta Magna de 1988 impõem, mesmo nas relações internacionais, que o Estado Brasileiro obedeça e preserve os direitos fundamentais, em especial dos seus nacionais, na esteira de sua independência nacional.

O Estado Soberano não pode abrir mão do seu dever de garantidor das necessidades básicas de um cidadão, em prol de uma cooperação internacional insensível e da aplicação cega de uma convenção, cuja interpretação, puramente descontextualizada, não é vista em nenhum outro país do mundo.

Dessa forma, o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito, deverá fazer uso, sempre, dos mecanismos constitucionais, a fim de dar uma única interpretação às normas jurídicas, zelando pela integridade e manutenção dos direitos dos seus cidadãos e da segurança das decisões judiciais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que cada Estado é soberano, não cabendo ao Brasil constranger outro Estado a aceitar um instituto que o seu próprio ordenamento jurídico rejeite, conforme transcrição do julgado adiante:

"Cabe assim, à Justiça do Estado requerente, reconhecer soberanamente – desde que o permita a sua própria legislação penal – a ocorrência, ou não, da continuidade delitiva, não competindo ao Brasil, em obséquio ao princípio

*fundamental da soberania dos Estados, que rege as relações internacionais, constranger o Governo requerente a aceitar um instituto que até mesmo o seu próprio ordenamento jurídico possa rejeitar”.*⁶²

Fica claro que, se o Brasil não pode impor sua vontade a outro país, é óbvio, jurídico e lógico que o reverso também deve ocorrer, e o ordenamento jurídico do Brasil deve ser igualmente respeitado por toda e qualquer autoridade internacional.

3.2. Controvérsias sobre a Aplicação e Interpretação das Convenções Internacionais

Antes de analisar mais a fundo os eventuais conflitos entre os direitos pessoais fundamentais e os normativos internacionais, é conveniente apresentar um breve histórico sobre a origem e o conteúdo dessas normas e sua eficácia/validade no plano jurídico interno.

3.2.1. Contexto Histórico

O costume foi a primeira e a principal fonte do que hoje se denomina Direito Internacional Público. Face à evolução e a dinâmica das relações internacionais nos tempos modernos, cada vez as normas internacionais têm assumido um lugar de destaque na regulamentação dessas relações externas.

Oportuno citar a brilhante exposição do Prof. Sérgio Borja, em seu texto “A Incorporação de Tratados no Sistema Constitucional Brasileiro - *Treaty Making-Power*”, *in verbis*:

"Assim é que desde épocas imemoriais, os tratados foram gradativamente grangeando uma maior importância, em razão mesmo da possibilidade de cristalização de seus conteúdos, sendo complementados e supridos, nas práticas e praxes de suas celebrações pelo costume. Em épocas imemoriais os tratados já eram utilizados. Entre os senhores feudais, o seu uso era comum, sendo que na Idade Média se desenvolveram praxes consuetudinárias sobre a sua conclusão, que se aperfeiçoaram através dos séculos.

(...)

Desta forma, e concomitante ao surgimento e a existência do Estado Moderno Absoluto, o poder de selar tratados era prerrogativa dos monarcas que dispunham do poder absoluto justificado nas teorias da Soberania vigentes naquela época que o configuravam como oriundo de uma ordem transcendental que ungia os reis como seus representantes seculares. É conhecida a máxima atribuída a Luiz XIV, que teria dito...L'Etat c'est moi. Os reis, monarcas, príncipes e imperadores, concentravam todas as funções do Poder, legislando, julgando e executando e,

⁶² Recurso Extraordinário nº 542, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, julgamento em 13/02/92.

como extensão destas funções podiam, ainda, celebrar tratados sem consultar a ninguém senão a suas próprias consciências. Vigia o princípio da irresponsabilidade traduzido no brocardo anglo que dizia the king can do no wrong.

(...)

Com o surgimento do princípio democrático do Poder e a sua conseqüente tripartição, nos moldes concebidos por Montesquieu, a prática dos tratados, que de um ato simples, que concentrava sua titularidade no monarca e no máximo poderia ser delegada a um funcionário por ele escolhido e nomeado, com poderes delegados suficientes e até mesmo plenipotenciários, num primeiro momento histórico independente da ratificação que numa segunda fase tornou-se necessária, transformou-se num ato complexo que necessitava o concurso, pelo menos num primeiro momento, de duas das funções do Poder, a executiva e a legislativa, ocupadas nesta razão direta por órgãos diversos.”

Somente a partir de meados do Século XIX é que começou a se estabelecer a sistematização do Direito Internacional Público, para dar maior segurança no tocante à existência e à interpretação da norma jurídica internacional.

3.2.2. Quanto à Matéria Convencionada: Conteúdo das Convenções

As convenções internacionais diferenciam-se entre si conforme o conteúdo da matéria normatizada e os sujeitos envolvidos.

A maioria das convenções internacionais trata da relação entre Estados, possibilitando a implementação de um conjunto de diretrizes gerais a serem tomadas como base pelas autoridades centrais dos países signatários.

São convenções dirigidas aos Estados Soberanos em suas funções de direito externo que buscam uniformizar normas e práticas comuns de natureza internacional, representando interesses públicos e criando deveres e direitos para os Estados signatários. Trata-se da normatização do direito de interesse coletivo mundial.

Por outro lado, existem as convenções internacionais que atingem direitos e interesses individuais e não gerais. Tais convenções devem ser avaliadas com atenção, na medida em que podem representar afronta aos direitos constitucionais de determinado Estado Soberano.

Em se tratando de direito privado, a principal fonte do direito internacional privado serão as constituições de cada país, que são conformes às peculiaridades de cada ordenamento jurídico. A constituição de cada Estado Soberano é a lei suprema e as regras previstas nas convenções internacionais que com ela conflitem devem ser afastadas de plano.

Nesse contexto, não se pode insistir na criação de normas internacionais que versem sobre interesses e direitos pessoais dos cidadãos, haja vista não se admitir a uniformização de

normas internas por meio de convenções, em respeito às regras constitucionais de cada Estado Soberano.

As pessoas jurídicas de direito internacional podem, sim, buscar a uniformização de instituições jurídicas que atuam no plano internacional de forma geral, ou seja, normas gerais de aplicação à coletividade, indistintamente. São as convenções internacionais cujos conteúdos tratem de assuntos de interesse geral (direito tributário, direito marítimo, direito aéreo, direito cambiário, direito do trabalho, direito ambiental, competência judiciária ou outras disciplinas que compõem o Direito Econômico Internacional).

3.2.3. Incorporação ao Direito Brasileiro

Feita a diferenciação entre as convenções internacionais, é necessário apresentar a forma com que essas normas são incorporadas ao ordenamento jurídico interno.

Modernamente, deve-se buscar uma interpretação que reflita o interesse do constituinte, melhor se adapte à realidade social e cultural, e englobe o sentido maior da Carta Constitucional. Neste sentido, deve-se interpretar a norma objetivando-se conferir a maior proteção aos direitos individuais. Com este objetivo, aplicar-se-iam os princípios da soberania, da supremacia da Constituição, da máxima efetividade e de interpretação conforme a Constituição.

Os ditames constitucionais têm direta importância para o direito internacional, enquanto subordinam os efeitos das declarações de vontade de um órgão do Estado perante outros países a determinadas condições.

Quando uma convenção é assinada contrariando regras incompatíveis com a constituição de um determinado país, o princípio de soberania nacional leva a que tal convenção não produza efeito jurídico prático em relação a tal país.

Nesse sentido, destaca-se mais uma vez a brilhante exposição do Prof. Sérgio Borja:

"Assim é que a expressão inglesa treaty-making power teria sido usada por Henry Wheaton que nos seus Elements of International Law teria estabelecido, da mesma forma, a distinção entre a capacidade internacional do Estado e a competência dos poderes constituídos do Estado para celebrar tratados. Desta forma, o advento paulatino de governos constitucionais foi afastando a teoria do jus representationis omnimodae⁶³ formulando-se uma teoria segundo a qual um tratado concluído pelo órgão competente, mas em violação das limitações constitucionais, é nulo ou anulável."

⁶³ Atos praticados pelo chefe do Estado são imputados ao próprio Estado.

Os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de convenções internacionais de que seja signatário ingressam no ordenamento jurídico constitucional sob a forma de Decreto e não diminuem o conceito de soberania do Estado, nem se sobrepõem aos direitos pessoais por ele assegurados. Diante disso, as convenções internacionais devem ser interpretadas com as limitações impostas constitucionalmente.

Quando um Estado assina e ratifica uma convenção, está aprovando-a como fonte do direito internacional e, para que integre o ordenamento interno, será necessário aprovar uma lei que reproduza o seu conteúdo.

A introdução dessas convenções internacionais no direito brasileiro lhes atribuirá o *status* de lei infraconstitucional e, por essa razão, estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade de suas normas, que está a cargo do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, o Prof. Sérgio Borja assim leciona:

"É de destacar, que seja na forma de acordo em devida forma, quando Executivo e Legislativo convergem suas vontades, seja, na forma de acordo simplificado, quando somente o Executivo participa na manifestação de vontade do Estado, mesmo assim, estes atos, por força mesmo do sistema de pesos e contrapesos, passam a posteriori pelo crivo do Judiciário, se provocado, que aquilatará, na forma de controle da constitucionalidade não só difuso, como se depreende da leitura do art. 102, inciso III, alínea b, da Constituição de 1988, mas também através do controle concentrado, por via de ação direta, a constitucionalidade da matéria, em face da supremacia constitucional sobre os tratados conforme se depreende da essência do sistema constitucional."

Ocorre, contudo, que no Brasil a Constituição Federal não definiu expressamente a posição hierárquica ocupada pelo direito internacional face ao direito interno.

Como não há regulamentação para o assunto, eventuais conflitos entre uma convenção internacional e o direito interno deverão ser solucionados pelo controle de constitucionalidade a ser feito pelo STF.

Vale destacar que o STF definiu que a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias é aplicável no direito brasileiro, mas a ele não se sobrepõe, pois isto seria inconstitucional:

"Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ele às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e

*consequente validade do Decreto-lei n. 427/69 que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título”.*⁶⁴

Francisco Rezek assevera a necessidade de ser preservada a lei fundamental do Estado, e cita como exemplo o conflito existente entre a Constituição Federal e a Convenção nº 58 da Organização Internacional do Trabalho, que versava a respeito do término das relações trabalhistas por iniciativa do empregador.

No referido caso, somente uma norma complementar poderia dispor sobre indenização compensatória e despedida arbitrária sem justa causa. Assim, a referida Convenção não poderia ter tratado de assunto sujeito à lei complementar, levando a denúncia do tratado pelo Brasil.

Dessa forma, verifica-se que, até mesmo em relação às normas gerais previstas nas convenções internacionais, é necessária uma análise detida sob o ponto de vista constitucional.

Dessa forma, com muito mais razão deve ser ponderada a aplicação de normas internacionais que atinjam direitos individuais, a fim de que não haja qualquer risco de violação aos direitos pessoais dos cidadãos brasileiros.

Devem ser consideradas sempre como prevaletentes as disposições constitucionais em relação a dispositivos antagônicos de atos normativos internacionais, especialmente no que se refere a direitos pessoais. A norma internacional celebrada na vigência de uma constituição e que com ela seja incompatível é inválida, sujeitando-se à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* pelo órgão judicial competente.

Vale ressaltar, por fim, que recentemente houve uma inovação constitucional trazida com a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, a respeito dos normativos internacionais que versam sobre direitos humanos.

A EC 45/2004 incluiu as seguintes disposições na Constituição Federal, *in verbis*:

"Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (...)”

Ao analisar a norma acima referida, verifica-se que o Brasil equiparou os atos normativos internacionais que tratam sobre direitos humanos às emendas constitucionais, por submetê-los à aprovação em dois turnos em cada uma das Casas do Congresso Nacional por três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁶⁴ RE 80.004-SE, Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 01/06/1977.

Ocorre, porém, que a incorporação dessas normas não é automática e tampouco se aplica a convenções internacionais que versem sobre direitos humanos ratificadas antes da EC 45/2004. Às convenções internacionais que já foram assinadas e ratificadas pelo Brasil restam a submissão ao crivo procedimental para, assim, serem alçadas ao nível constitucional.

Em suma, para o Estado Soberano, a constituição nacional determina a estatura do ato normativo internacional. A lei fundamental não pode desprezar a segurança e a estabilidade da ordem jurídica a ponto de sobpor-se ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado.

3.3. Convenções Internacionais X Direitos Pessoais – Supremacia da Constituição Brasileira

Conforme já visto, os normativos internacionais não podem ser interpretados de forma independente da Constituição Federal. A cultura do país, seus costumes e os direitos pessoais assegurados pela sua lei máxima devem ter maior valor quando da análise e aplicação de determinada norma internacional.

Essa deve ser uma tendência a ser seguida por todos os Estados Soberanos.

Nos Estados Unidos a posição hierárquica das convenções internacionais figura no artigo 6º, 2ª seção, da Constituição, que assim determina: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país”.

No entanto, convém destacar que o Prof. Luis Roberto Barroso identificou que a Constituição dos EUA sempre prevalece face à convenção internacional, apesar de a Suprema Corte nunca ter declarado explicitamente um tratado como inconstitucional.

Isto porque a Corte Suprema dos Estados Unidos tem decidido repetidamente que as leis federais estão no mesmo nível dos tratados e que quando uma lei conflitar com tratado, deve-se cumprir a ordem da lei interna.

No entanto, para o Prof. Luis Roberto Barroso, existe a tradição americana em avaliar os fatos sob uma ótica política, especialmente quando a matéria envolver relações dos Estados Unidos com outros países, sejam de que natureza forem. Essa orientação chegou ao extremo de cancelar, em mais de uma oportunidade, as decisões do Poder Executivo de sequestrar, em Estado estrangeiro, pessoas contra as quais pudesse ser instaurado processo criminal nos EUA e, com isto, sujeito a julgamento nos EUA. O exemplo clássico é a questão envolvendo o ex-Presidente do Panamá, Manuel Antonio Noriega, que foi seqüestrado em seu país, e levado para julgamento e condenado no Estado da Flórida por seu envolvimento com tráfico de drogas.

A supremacia da Constituição advém, portanto, em qualquer hipótese, haja vista ser esta a lei máxima do país. Por isso, em caso de conflito, contra ela não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tampouco convenções internacionais.

Não se pode privilegiar o cumprimento de acordos internacionais e a relação entre os Estados em detrimento dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos pessoais brasileiros. Como bem colocou o Professor Gustavo Binenbojm, os direitos individuais são a gênese da Constituição e não podem ser depreciados/desprestigiados face aos interesses do governo brasileiro, quiçá para os fins políticos de governo. Nas suas palavras:

"Vale dizer: a Lei Maior é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, do que deflui a necessidade de estabelecer-se proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado. Em uma de suas dimensões – talvez a mais importante –, o princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, significa que a pessoa humana é o fim, sendo o Estado não mais que um instrumento para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais. Assim, somente onde a própria Constituição abre uma senda (de forma expressa ou implícita na lógica de seu sistema) é que se pode cogitar, por via de ponderações proporcionais, de matizar os direitos fundamentais com interesses coletivos."

Os direitos pessoais devem prevalecer sobre o interesse político e as relações internacionais.

Ao contrário, conforme já visto, quando se tratam de direitos públicos envolvidos no âmbito internacional, cujos interesses coincidam, é possível, e até necessária face à globalização, a uniformização de certas instituições jurídicas através de normas internacionais de interesse coletivo mundial, desde que, também, não haja desrespeito aos princípios constitucionais.

O Estado deve assegurar os direitos pessoais fundamentais previstos na Constituição Federal e evitar que tais direitos sejam sobrepujados apenas em consideração ao interesse do país em manter uma "saudável" relação com o exterior.

Uma Carta Política que elenca como dever do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito à convivência familiar, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência e crueldade (art. 227), não pode ser compatível com a aplicação de uma norma de caráter geral internacional que não leve em consideração aspectos culturais, regionais e individuais, sobretudo se esta afrontar preceitos constitucionais.

Desta forma, se o próprio texto constitucional garante ao cidadão o direito à vida, à liberdade, à segurança e à intimidade do lar, dispondo, inclusive, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais (art. 5º, XLI), não há como negar a

inconstitucionalidade de atos que renegam os interesses de um brasileiro, ferindo seus direitos individuais fundamentais em detrimento em face de uma norma internacional abstratamente considerada.

O melhor exemplo de convenção internacional que atinge direitos pessoais é a Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia). Ainda assim, a própria Convenção prevê a sua inaplicabilidade quando há afronta aos princípios do Estado no tocante à proteção dos direitos e garantias fundamentais, *in verbis*:

"Artigo 20 - O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12 poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais."

Isto porque, conforme o caso, a referida norma pode violar os interesses privativos dos brasileiros protegidos expressamente pela Constituição Federal e ainda ir de encontro à proteção do menor, a quem a União tem o dever de proteger.

Resta evidente, portanto, que o Estado Brasileiro, por intermédio da União Federal, deve utilizar seu aparato judicial para defender a prevalência dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos pessoais individuais, em relação a qualquer norma internacional, sobre os quais venha a dispor.

Assim é que, conforme entendimento expressado pelo Supremo Tribunal Federal há mais de 20 anos, as convenções, tratados ou quaisquer acordos internacionais ingressam no ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de legislação infraconstitucional⁶⁵ e, assim, devem obediência à Constituição Federal, por ser esta expressão máxima da soberania nacional, estando acima de qualquer norma internacional que com ela conflite.

Em suma, a aplicação de regras gerais previstas em convenções internacionais que envolvam e atinjam direitos pessoais, se desacompanhadas da necessária filtragem constitucional, pode acarretar lesão a direitos fundamentais a dignidade humana e, principalmente, à soberania nacional.

4. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação Aplicação da Constituição - Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶⁵ Ressalvadas as convenções que tratam especificadamente de direitos humanos ratificadas após a Emenda Constitucional 45/04.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORJA, Sérgio. Direito Constitucional: os Tratados, Convênio e Acordos Celebrados. Florianópolis. Disponível na internet: <http://www.BuscaLegis.ccj.ufsc.br>.

BORJA, Sérgio. Pesquisas: A Incorporação de Tratados no Sistema Constitucional Brasileiro - Treaty Making-Power. Disponível na internet:

<http://www.direito.ufrgs.br/pessoais/sergioborja/index.htm>.

DOLINGER, Jacob: Direito Internacional Privado, Parte Geral, 6ª edição ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GARCEZ, José Maria Rossani. Curso de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MALTA, Cynthia Guimarães Tostes. A Evolução dos Direitos Fundamentais. Disponível na internet: <http://www.br.geocities.com/cynthiamalta/>

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público, 2º Volume, 14ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MOREIRA, Marcos Imbassahy Guimarães. O Avançar dos Direitos Fundamentais e o que já Experimentamos com a Emenda Constitucional 45/04. Disponível na internet: http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1960.html.

REZEK, José Francisco. Direito dos tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

Com a colaboração de Beatriz Maia Estrella, Rafael Lyrio Oliveira e Kelly dos Santos Bento.

Membro do IAB e sócio de Tostes e Associados Advogados.