

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

**Ano II - Número 9
Janeiro a Março de 2011**

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Dr. José Campello de Oliveira Júnior

Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva – BA

Alexandre Brandão Martins Ferreira – RJ

Claudia Lima Marques – RS

Claudio Araujo Pinho – MG

Éster Kosovski – RJ

José Antônio Figueiredo de Almeida Silva – MA

Luis Dilermando de Castelo Cruz – RJ

Roberto Antônio Busato – PR

Sérgio Ribeiro Muylaert – DF

Vitor Sardas – RJ

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

REVISTA DIGITAL

Rio de Janeiro: IAB, 2011.

Ano II – Número 9. Janeiro a Março de 2011

Periodicidade: Trimestral

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

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGRÁFICA

Índice

DOCTRINA

- 5** **CALIXTO, Marcelo Junqueira**
A responsabilidade civil do transportador na jurisprudência do STF
- 20** **GOMES, Randolpho**
Personalidade e Capacidade Civil
- 45** **GONÇALVES, Rodrigo Machado (Parecer)**
**Emendas Sugeridas pela CPDP/IAB ao PLS nº156/2009:
Projeto de Emenda ao Título VI do PLS 156/2009,
Competência no Novo Código de Processo Penal.**
- 53** **GHECHI, Frederico Price.**
**“O Meio Ambiente Artificial (Urbano): Elementos comuns
para um diálogo coordenado entre o Direito Ambiental e o
Direito Urbanístico”.**
- 76** **NUNES, Ricardo Pieri.**
A Paridade de Armas manda lembranças

79 PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves.(Parecer)

Referente à constitucionalidade das propostas de modificação da legislação relativa ao pagamento de royalties e participações especiais decorrentes da produção de petróleo; tais propostas se consubstanciam na chamada Emenda Ibsen, da Câmara dos Deputados, e na chamada Emenda Simon, do Senado Federal.

104 SARDAS, Vitor Greijal.

Os Poderes do Relator da Causa sob a Perspectiva Histórica - Subsídios sobre a ampliação e restrição dos poderes do relator da causa como fator de celeridade processual.

114 SILVA, José Afonso.

O Ser das Regras, das Normas e dos Princípios Constitucionais.

126 SOUZA, Sylvio Capanema de.

A locação do imóvel urbano e seus novos modelos

132 VELMOVITSKY, Arnon.

A Injustiça da Multa de 2% em razão de atraso do Pagamento de Cota Condominial

Doutrina

A responsabilidade civil do transportador na jurisprudência do STF

Marcelo Junqueira Calixto

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A responsabilidade civil do transportador aéreo e o Código de Defesa do Consumidor – 3. Vítimas do serviço de transporte e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor – 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Em estudo anterior reconheceu-se o acerto da jurisprudência do STJ e demonstrou-se certa preocupação com o entendimento adotado em julgados, então recentes, do STF.¹ Com o presente texto, passa-se à análise de outros dois julgados do mesmo STF, ambos do ano de 2009, que escrevem mais um capítulo no inesgotável tema relativo à incidência do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do transportador.

2. A responsabilidade civil do transportador aéreo e o Código de Defesa do Consumidor

A primeira controvérsia estudada diz respeito à prevalência do Código de Defesa do Consumidor em relação ao Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986) e à Convenção de Varsóvia, – posteriormente modificada pelos Protocolos da Haia e de Montreal (Dec. 5.910/2006) –, quando se analisa, respectivamente, a responsabilidade civil do transportador aéreo nacional e internacional.² Objeto de comentário é o RE 351.750-3/RJ, julgado pela 1.^a

¹ Seja consentido remeter a CALIXTO, Marcelo Junqueira. Ainda o conceito de consumidor: breves considerações a partir de dois julgados recentes do Supremo Tribunal Federal. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 365-378.

² Recorde-se que a chamada “Convenção de Varsóvia” é, na verdade, a “Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional”, tendo sido assinada na capital polonesa em 12.10.1929. Foi posteriormente emendada pelo Protocolo da Haia, celebrado em 28.09.1955, e pelos Protocolos Adicionais números 1 e 2, assinados em Montreal em 25.09.1975. Finalmente, em 28.05.1999, na cidade de Montreal, é assinada uma nova

Turma em 17.03.2009 e publicado no *DJe* em 25.09.2009, tendo como relator originário o Min. Marco Aurélio e como redator para o acórdão o Min. Carlos Ayres Britto.¹

O caso é relativo a uma consumidora que alegou ter sofrido danos morais em decorrência de atraso no voo internacional que contratara com transportadora aérea brasileira. A sentença, favorável à autora, foi confirmada pela 1.^a Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, em decisão assim ementada:

“Os transtornos decorrentes de prestação de serviço de transporte por parte de empresa aérea que negligencia o atendimento de seus passageiros, causando-lhes desconforto, configuram evidente defeito na prestação do serviço, cabendo indenização. Dano moral fixado em 40 salários mínimos, valor razoável diante das circunstâncias do caso concreto. Sentença mantida.”

A ré, após ter interposto embargos de declaração, que foram desprovidos, interpôs o referido recurso extraordinário com fulcro nas alíneas *a* e *b* do inc. III do art. 102 da CF/1988.² O primeiro fundamento seria o fato de a decisão ter violado os arts. 5.^o, XXXV, 93, IX, 22, I, 84, VIII e 178, da CF/1988.³ A interposição pela alínea *b* decorreria da possível declaração de

“Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional”. Esta última Convenção, entre outras finalidades, busca “modernizar e refundir a Convenção de Varsóvia e os instrumentos conexos”, entendendo-se que a “ação coletiva dos Estados para uma maior harmonização e codificação de certas regras que regulam o transporte aéreo internacional” é o “meio mais apropriado para lograr um equilíbrio de interesses equitativo”. Esta “Convenção de Montreal” entrou em vigor internacional em 04.11.2003 e, para o Brasil, em 18.07.2006, nos termos de seu art. 53. Observe-se, contudo, que o Dec. 5.910, datado de 27.09.2006, foi publicado no *DOU* no dia seguinte.

¹ A ementa do acórdão é vazada nos seguintes termos: “Recurso extraordinário. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Matéria infraconstitucional. Não conhecimento. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição da República. 4. Recurso não conhecido”.

² Afirmam as alíneas *a* e *b* do inc. III do art. 102 da CF/1988: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...); III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: *a*) contrariar dispositivo desta Constituição; *b*) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

³ É o seguinte o teor dos dispositivos constitucionais citados: “Art. 5.^o 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: (...); XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I

inconstitucionalidade da Convenção de Varsóvia, dos Protocolos da Haia e de Montreal, e da Lei 7.565/1986. A recorrida, por sua vez, simplesmente afirmou que a questão deveria ser dirimida à luz do Código de Defesa do Consumidor, em especial pelo afirmado em seu art. 14.¹

Tendo chegado ao STF, o recurso recebeu, originariamente, a relatoria do Min. Marco Aurélio. Seu voto, no entanto, prende-se a questões processuais, em especial à necessidade da efetiva manifestação da Turma Recursal acerca dos argumentos expendidos pela ré nos embargos declaratórios. Caso fosse vencido neste entendimento, defendeu o não conhecimento do recurso extraordinário, uma vez que “o decidido repousa em interpretação do Código de Defesa do Consumidor”.

Este voto é seguido por longo debate entre o referido Ministro relator e o então Ministro do STF, Sepúlveda Pertence. O debate centra-se na forma pela qual é possível prequestionar a matéria constitucional objeto do apelo extremo, restando vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio, uma vez que os demais Ministros da 1.^a Turma consideram possível passar à análise do mérito recursal.

Após pedido de vista, o primeiro a votar é o Min. Eros Grau. Seu erudito voto está focado na distinção entre lei geral e lei especial, apoiando-se para tanto especialmente na doutrina de Norberto Bobbio e nos expressos termos do art. 2.^o, §§ 1.^o e 2.^o, da LICC (Dec. 4.657/1942).²

– direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”; “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...); VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”; “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...); IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”; “Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

¹ Recorde-se o disposto no art. 14 do CDC: “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

² É o seguinte o teor do art. 2.^o, *caput*, e §§ 1.^o e 2.^o, da LICC: “Art. 2.^o Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1.^o A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. §

Em sua análise, “o Código do Consumidor não revogou expressamente, nem é incompatível com ela [Convenção de Varsóvia], nem regulou inteiramente a matéria de que tratam os preceitos considerados do Código Brasileiro de Aeronáutica e a que respeita a Convenção de Varsóvia”. Afirma ainda, *verbis*:

“Não há incompatibilidade entre os textos normativos considerados, porque um é geral em relação ao outro: a primeira trata da defesa do consumidor [*compreensão* menor e *extensão* maior]; as segundas, da relação entre os agentes econômicos e seus clientes em *determinado* mercado [setor da economia], disciplinando, inclusive, aspectos atinentes a sua defesa enquanto consumidores. Assim, temos: uma lei geral, sobre a defesa dos consumidores e textos normativos específicos que encerram, entre outras, disposições sobre a defesa do consumidor em *determinado* mercado [setor da economia]” (original grifado).

Admitindo, contudo, que apenas uma norma deverá regular o caso concreto, conhece do recurso extraordinário e lhe dá provimento para “afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie, devendo prevalecer a Convenção de Varsóvia, os protocolos da Haia e de Montreal e a Lei 7.565/1986”.

Esse voto é seguido por curto debate e pelo pedido de vista do Min. Carlos Ayres Britto. Retomado o julgamento, este Ministro inicia seu voto fundamentando-se na doutrina de J. J. Gomes Canotilho – o qual defende a “proibição do retrocesso social” –, levando Ayres Britto a afirmar que o “consumidor não pode ser atingido por normas que lhe restrinjam conquistas asseguradas. É dizer: tendo o direito do consumidor *status* de princípio constitucional, não é dado a outras disposições legais restringir indenizações por mau uso do serviço”.

Considera, a seguir, que o inc. V do art. 170 da CF/1988, que dispõe sobre a *defesa do consumidor*, “além de direito fundamental, é princípio geral de toda a atividade econômica”.¹ Da mesma forma, entende que o disposto no art. 175, parágrafo único, II, da CF/1988 que se refere a “direitos dos usuários”, – dispositivo também contido no Título da Ordem Econômica –

2.º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

¹ Afirma, de fato, o inc. V do art. 170 da CF/1988: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...); V – defesa do consumidor”.

, termina por conferir um “plus protecional” aos consumidores.¹ E conclui seu voto no sentido de que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou da legislação internacional ou ainda do Código Brasileiro de Aeronáutica deva ser feita caso a caso, desde que não sejam violados “os direitos do consumidor”, mas afirma que não compete ao STF analisar a possível “má interpretação, aplicação” ou até “inobservância” da legislação infraconstitucional. Defende, desta forma, o não conhecimento do recurso.

Esse voto é seguido por um longo debate entre os Ministros Eros Grau e Ayres Britto, sendo que aquele sustenta, basicamente, que “o usuário de serviço público não é consumidor, é cidadão”, ao passo que este afirma ser o usuário de serviço público um “consumidor especial. É o nome que o consumidor toma quando recebe um serviço público”. Este último Ministro salienta ainda que o art. 178 da CF/1988 refere-se à *ordenação* do transporte internacional, a qual deve ser entendida como “providências alusivas à higiene, à salubridade, à segurança, à manutenção das aeronaves, ao tempo de uso, à duração de voo... Não para negar direitos do consumidor, que têm matriz constitucional”. Este debate passa a contar, a seguir, com a participação do Min. Cezar Peluso, o qual pede vista dos autos para uma análise mais aprofundada da questão.

Certo é que, com o pedido posterior de adiamento do julgamento, este só vem a ser retomado já no ano de 2009, ou seja, quatro anos após a colheita dos primeiros votos. E o voto do Min. Cezar Peluso também é pelo não conhecimento do recurso extraordinário, pois o “acórdão recorrido não tratou de nenhum tema constitucional, senão que apenas aplicou o disposto no art. 14 do CDC ao serviço prestado pela ora recorrente”. Este entendimento, contudo, não impede que o mesmo Ministro prossiga em sua análise, levando-o a afirmar, inicialmente, que, se fosse aplicável o critério da lei especial (*lex specialis*), teria primazia o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que este “tem por escopo, não regrad determinada *matéria*, mas proteger certa categoria de *sujeito*, ainda que também protegido por outros regimes jurídicos (art. 7.º).² Daí, seu caráter especialíssimo” (original grifado).

¹ Dispõe o art. 175 da CF/1988: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...); II – os direitos dos usuários”.

² Reza o art. 7.º do CDC: “Art. 7.º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

Passa, a seguir, ao próprio tema da indenização, o qual, como visto, não chegou a ser detidamente abordado pelos demais Ministros. Afirma, neste sentido, estar na Constituição Federal a “resposta direta à questão”, uma vez que este diploma adota, nos incs. V e X do art. 5.º, o “*princípio da indenizabilidade irrestrita*, segundo o qual as indenizações por dano material e moral devem ser a estes proporcionais” (grifos no original).¹ E é fulcrado neste entendimento que afirma terem os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277, da Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) e os arts. 21 e 22 do Dec. 5.910/2006 (Protocolo de Montreal) “perdido seus fundamentos de validade”, uma vez que “incompatíveis com o alcance das regras estatuídas no art. 5.º, V e X, da atual Constituição da República”.²

¹ Consta dos incs. V e X do art. 5º da CF/1988: “Art. 5.º 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: (...); V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

² É o seguinte o teor dos dispositivos citados: (a) Lei 7.565/1986: “Art. 246. A responsabilidade do transportador (artigos 123, 124 e 222, parágrafo único), por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte (art. 233, 234, § 1.º, 245), está sujeita aos limites estabelecidos neste Título (arts. 257, 260, 262, 269 e 277)”; “Art. 257. A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN”; “Art. 260. A responsabilidade do transportador por dano, consequente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, limita-se ao valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, por ocasião do pagamento, em relação a cada passageiro”; “Art. 262. No caso de atraso, perda, destruição ou avaria de carga, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, a responsabilidade do transportador limita-se ao valor correspondente a 3 (três) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN por quilo, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor e mediante o pagamento de taxa suplementar, se for o caso (artigos 239, 241 e 244)”; “Art. 269. A responsabilidade do explorador estará limitada: I – para aeronaves com o peso máximo de 1.000kg (mil quilogramas), à importância correspondente a 3.500 (três mil e quinhentas) OTN – Obrigações do Tesouro Nacional; II – para aeronaves com peso superior a 1.000kg (mil quilogramas), à quantia correspondente a 3.500 (três mil e quinhentas) OTN – Obrigações do Tesouro Nacional, acrescida de 1/10 (um décimo) do valor de cada OTN – Obrigação do Tesouro Nacional por quilograma que exceder a 1.000 (mil). Parágrafo único. Entende-se por peso da aeronave o autorizado para decolagem pelo certificado de aeronavegabilidade ou documento equivalente”; “Art. 277. A indenização pelos danos causados em consequência do abalroamento não excederá: I – aos limites fixados nos artigos 257, 260 e 262, relativos a pessoas e coisas a bordo, elevados ao dobro; II – aos limites fixados no artigo 269, referentes a terceiros na superfície, elevados ao dobro; III – ao valor dos reparos e substituições de peças da aeronave abalroada, se recuperável, ou de seu valor real imediatamente anterior ao evento, se inconveniente ou impossível a recuperação; IV – ao décimo do valor real da aeronave abalroada imediatamente anterior ao evento, em virtude da privação de seu uso normal”; (b) Decreto 5.910/2006: “Art. 21 – Indenização em Caso de Morte ou Lesões dos Passageiros: 1. O transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade, com relação aos danos previstos no número 1 do artigo 17, que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro. 2. O transportador não será responsável pelos danos previstos no número 1 do artigo 17, na medida em que exceda de 100.000 Direitos Especiais

Prossegue em sua argumentação afirmando que a norma constitucional não admite, nem de modo expresso, nem de modo implícito, qualquer forma de restrição, pois, ao contrário, a “norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5.º, V e X), é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito”. Nega, em consequência, a possibilidade de restrição da reparação por força de lei ordinária, entendendo, com fundamento na doutrina de Humberto Ávila, que os citados dispositivos estão em contraste com o “postulado da proporcionalidade, o qual impõe à lei restritiva que seja necessária, adequada e proporcional”.

De forma derradeira ainda afirma, em palavras que merecem transcrição:

de Saque por passageiro, se prova que: a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro”; “Art. 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga: 1. Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro. 2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. 3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. 4. Em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de qualquer objeto que ela contenha, para determinar a quantia que constitui o limite de responsabilidade do transportador, somente se levará em conta o peso total do volume ou volumes afetados. Não obstante, quando a destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de um objeto que ela contenha afete o valor de outros volumes compreendidos no mesmo conhecimento aéreo, ou no mesmo recibo ou, se não houver sido expedido nenhum desses documentos, nos registros conservados por outros meios, mencionados no número 2 do artigo 4, para determinar o limite de responsabilidade também se levará em conta o peso total de tais volumes. 5. As disposições dos números 1 e 2 deste artigo não se aplicarão se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções; 6. Os limites prescritos no artigo 21 e neste artigo não constituem obstáculo para que o tribunal conceda, de acordo com sua lei nacional, uma quantia que corresponda a todo ou parte dos custos e outros gastos que o processo haja acarretado ao autor, inclusive juros. A disposição anterior não vigorará, quando o valor da indenização acordada, excluídos os custos e outros gastos do processo, não exceder a quantia que o transportador haja oferecido por escrito ao autor, dentro de um período de 6 (seis) meses contados a partir do fato que causou o dano, ou antes de iniciar a ação, se a segunda data é posterior”.

“A defesa do consumidor, além de objeto de norma constitucional, é direito fundamental (art. 5.º, XXXII), de modo que não pode ser restringida por regra subalterna, nem sequer por Emenda Constitucional, enquanto inserta em cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV). Donde, conquanto o art. 178 da CF/1988 determine a ordenação do transporte aéreo mediante lei, não pode esta limitar nem tampouco aniquilar, na prática, o princípio da defesa do consumidor, como o fazem os dispositivos do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986) e da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (‘Convenção de Varsóvia’), com as modificações dos Protocolos da Haia e de Montreal (Dec. 5.910, de 27.09.2006), ao reduzirem, de maneira direta ou indireta, o âmbito de proteção do consumidor, com ofensa conseqüente ao art. 5.º, XXXII, da CF/1988.”¹

Inegável o acerto dos dois últimos votos, os quais corroboram os argumentos e afastam, por completo, o temor manifestado no estudo anterior. É sabido, contudo, que a solução final adotada, – qual seja, a de não conhecer o recurso extraordinário por força de uma ofensa somente “indireta” à Constituição –, não afasta a possibilidade de decisões divergentes por parte de juízos e tribunais. De fato, por razões processuais, estes continuam com toda a liberdade para insistir na aplicação das normas limitadoras da indenização devida pelo transportador.

Por essa razão, louva-se a recente decisão prolatada pelo STF no sentido de que tal tema tem “repercussão geral”.² Espera-se, igualmente, que, no julgamento a ser empreendido pelo

¹ Recorde-se o disposto no art. 5.º, XXXII, da CF/1988: “Art. 5.º 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: (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

² Trata-se da repercussão geral no AgIn 762.184/RJ (Tribunal Pleno, j. 22.10.2009, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 18.12.2009). O caso versa sobre extravio de bagagem em voo internacional contratado por consumidora brasileira com transportadora francesa. O TJRJ aplicou o Código de Defesa do Consumidor e condenou a ré a reparar os danos materiais e morais pleiteados. Esta, por sua vez, interpôs recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, CF/1988) alegando ofensa ao art. 178 da CF/1988 e requerendo a observância dos limites constantes do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia. Este recurso teve seu processamento denegado na origem, razão pela qual foi interposto o agravo de instrumento. Na decisão que reconhece a repercussão geral no agravo interposto, o Min. Relator afirma: “Tal questão não tem sido enfrentada de maneira uniforme pelas instâncias inferiores, principalmente nos juizados especiais. Além do alcance que a causa guarda em relação ao universo dos usuários da aviação civil, a incerteza a

Plenário, termine por prevalecer o entendimento da perda dos “fundamentos de validade” das normas limitadoras da reparação, afirmando-se, de forma definitiva, o “princípio da indenizabilidade irrestrita”. Ou, – caso não se avance a este ponto –, que pelo menos se reconheça a prevalência do Código de Defesa do Consumidor, o que decorre do *status* constitucional que deve ser reconhecido a este diploma.¹

Outro tema que foi recentemente revisto pelo STF diz respeito ao conceito de *terceiro* para fins de indenização pelos danos causados pelo transportador. É o que se passa a analisar.

3. Vítimas do serviço de transporte e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor

No mesmo estudo anteriormente publicado manifestou-se a preocupação com a linha de pensamento adotada, por maioria, pelo STF, no que se refere ao conceito de *terceiro* expresso no art. 37, § 6.º, da CF/1988 e que levava à distinção entre usuário e não usuário do serviço.²

respeito traz reflexo gravoso à segurança jurídica que cumpre remediar, e, como tal, sua decisão definitiva transcenderá os limites subjetivos da causa, revestindo-se de repercussão geral, sobretudo porque ainda não a definiu a jurisprudência da Corte”. Esclareça-se que há um único voto vencido quanto à existência da repercussão geral. Trata-se do voto do Min. Marco Aurélio, o qual entendeu ser inadequado tratar do instituto da repercussão geral no âmbito do agravo de instrumento.

¹ É válido observar que a reparação integral, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6.º, VI), encontra plena justificativa quando se trata de consumidor pessoa *física*, pois confirma, no plano infraconstitucional, a proteção constitucionalmente devotada à dignidade da pessoa *humana* (art. 1.º, III, CF/1988). Admite-se, contudo, que também a pessoa jurídica possa ser consumidora do serviço de transporte (cf. CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 315-356). Neste caso, parece perfeitamente possível a limitação da indenização, o que, aliás, encontra previsão no próprio Código de Defesa do Consumidor, art. 51, I, *verbis*: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”. Sobre o tema das cláusulas exonerativas ou limitativas da indenização, seja consentido remeter a CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, em especial p. 327-358.

² Naquela ocasião foi afirmado: “Deve, pois, ser reconhecida como plenamente aplicável, ao menos em relação ao *usuário* do serviço, toda a sistemática da *responsabilidade civil por fato do serviço* prevista no Código de Defesa do Consumidor. Mas não só em relação a este. Em verdade, também em relação ao *não usuário* poderá ser invocada a sistemática traçada pelo Código de Defesa do Consumidor, e isto por mais de uma razão. A primeira tem sede constitucional e poderia ter sido admitida pelo próprio STF no julgado que ora se analisa [RE 262.651/SP]. De fato, basta observar os termos empregados pelo legislador constituinte ao prever, especificamente, a concessão e permissão de serviços públicos (art. 175) e ao disciplinar a responsabilidade civil que eventualmente deverá recair sobre os concessionários e permissionários deste mesmo serviço (art. 37, § 6.º). Se naquele dispositivo adotou-se a

De fato, referida distinção estava em claro contraste com a jurisprudência dos demais tribunais e ofendia o disposto na legislação ordinária, em especial, o art. 17 do CDC e o art. 25 da Lei 8.987/1995.¹

Tal forma de pensar vem de ser superada pela decisão proferida no RE 591.874-2/MS, julgado pelo Plenário em 26.08.2009, publicado em 18.12.2009, e tendo como Relator o Min. Ricardo Lewandowski.² Cumpre destacar, desde logo, que a referido julgado foi conferida a sistemática da “repercussão geral”, com as importantes consequências processuais daí advindas.³

expressão *usuários*, neste, ao contrário, preferiu-se o termo *terceiros*, sem dúvida, de alcance mais amplo. Assim, razão assiste àqueles que afirmam a impossibilidade de o intérprete fazer a distinção que o próprio legislador não fez” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. Ainda o conceito de consumidor... cit., p. 375; original grifado).

Recorde-se o disposto no art. 37, § 6.º, da CF/1988: “Art. 37. (...) § 6.º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

¹ Afirma o art. 17 do CDC: “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. A seção referida é a relativa à “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”.

Já o art. 25 da Lei 8.987/1995, que “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal”, afirma: “Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade”.

Entre os julgados pode ser destacada a decisão proferida pelo STJ no REsp 540.235/SP (3.ª T., j. 07.02.2006, rel. Min. Castro Filho, DJ 06.03.2006). Na ocasião, entendeu-se configurar uma relação de consumo aquela mantida entre uma empresa de táxi aéreo e uma instituição financeira que contrata o serviço de transporte de malotes. Ocorre que um avião da primeira, quando prestava referido serviço, caiu sobre uma residência, destruindo-a parcialmente e causando danos físicos e psicológicos ao morador, autor da ação. Afirmou-se que este é um consumidor equiparado, na forma do art. 17 do CDC, e admitiu-se a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6.º, VIII, do mesmo diploma.

² Eis a ementa do julgado: “Constitucional. Responsabilidade do Estado. Art. 37, § 6.º, da CF/1988. Pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Concessionário ou permissionário do serviço de transporte coletivo. Responsabilidade objetiva em relação a terceiros não usuários do serviço. Recurso desprovido. I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6.º, da CF/1988. II – A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado a terceiro não usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III – Recurso extraordinário desprovido”.

³ A repercussão geral foi reconhecida nos seguintes termos: “Constitucional. Responsabilidade objetiva. Art. 37, § 6.º, da CF/1988. Pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em relação a terceiros não usuários do serviço. Repercussão geral reconhecida”. Esta decisão foi proferida pelo Tribunal Pleno em 23.10.2008 e publicada no DJ em 21.11.2008. Ao defender a existência de repercussão geral, o Min. Relator afirmou: “Entendo que a questão oferece repercussão geral quanto ao aspecto jurídico e econômico, porquanto o seu julgamento definirá se a responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6.º, da Constituição, também é aplicável aos casos de responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em relação aos terceiros não usuários do serviço. Essa definição é de grande relevância tanto para as empresas quanto para os Tribunais do

O caso refere-se à morte de um ciclista por força de colisão com ônibus de propriedade da ré em rua não pavimentada de Campo Grande (MS). A prova colhida afirma que o ciclista empurrava sua bicicleta quando, no momento da passagem do ônibus, caiu no chão e teve a cabeça esmagada pela roda traseira direita do veículo.

A ação foi proposta pela companheira e pela filha do falecido, tendo o pedido sido julgado improcedente pelo juiz de primeira instância, uma vez que se reputou inexistente o nexo causal. O TJMS, contudo, reformou o julgado, em acórdão assim ementado:

“Apelação Cível. Ação de reparação de danos. Acidente envolvendo ciclista e ônibus de empresa de transporte coletivo. Responsabilidade objetiva. Obrigação de indenizar. Dano material não comprovado. Dano moral independente de prova. Recurso provido para julgar procedentes em parte os pedidos iniciais. 1. À míngua de prova de que o acidente envolvendo ciclista e ônibus de empresa de transporte coletivo, com morte de ciclista, deu-se por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima, a empresa responderá objetivamente pelo dano, seja por se tratar de concessionária de serviço público, seja em virtude do risco inerente à sua atividade. 2. Inexistindo prova de que a vítima fatal de acidente de trânsito desenvolvia atividade remunerada, tem-se por improcedente o pedido de pensão alimentícia formulado pela companheira e pela filha. 3. O sofrimento decorrente do sinistro que acarretou a morte do companheiro e pai independe de qualquer atividade probatória e permite condenar a empresa de transporte a indenizar a família pela dor causada”.

Desse acórdão foi interposto recurso extraordinário com fulcro no art. 102, III, *a*, da CF/1988, sustentando-se ofensa aos seus arts. 37, § 6.º e 93, IX. A recorrente alegou que a responsabilidade civil objetiva não se aplicaria ao caso, uma vez que a vítima não era usuária do serviço de transporte coletivo. Em suas contrarrazões, as recorridas alegam ser aplicável a responsabilidade objetiva e que não foi comprovada nenhuma hipótese excludente do nexo de causalidade. O Procurador-Geral da República manifestou-se, oralmente, pelo desprovemento do recurso.

Em seu voto, o Ministro Relator traça uma breve evolução histórica da responsabilidade civil e afirma que, desde a Constituição de 1946, o Brasil adotou uma “postura mais publicista com relação à responsabilidade do Estado, desenvolvendo-se aqui a ‘teoria do risco administrativo’”. Recorda, a seguir, que no precedente julgado pelo STF (RE 262.651/SP) fez-

país, pois, a depender do resultado, pode alterar sobremaneira, em casos semelhantes, a ótica sob a qual o conjunto probatório deverá ser analisado, inclusive quanto ao ônus da prova”.

se distinção entre usuário e não usuário do serviço, aplicando-se o regime da responsabilidade civil objetiva somente em relação aos primeiros. Por fim, forte na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que:

“(...) não se pode interpretar restritivamente o alcance do referido art. 37, § 6.º, sobretudo porque o texto magno, interpretado à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados ‘terceiros’, isto é, entre usuários e não usuários do serviço público, uma vez que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado” (original grifado).

Nega, assim, provimento ao recurso, uma vez que as instâncias ordinárias não teriam afastado o nexo de causalidade, “condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado”.

A próxima a votar é a Min. Cármen Lúcia, a qual afirma que a sentença reconheceu a culpa exclusiva da vítima, mas que esta excludente foi afastada pelo acórdão recorrido. Sua argumentação é interrompida pelo Min. Marco Aurélio, que insiste no fato de não haver nexo causal entre o serviço prestado e a morte verificada. A Min. Cármen Lúcia, contudo, segue o entendimento afirmado no acórdão – sobre o qual não se poderia discutir mais –, e também acompanha o voto do Relator, não distinguindo entre usuário e não usuário do serviço, uma vez que a própria Constituição da República “não distinguiu”.

Também o Min. Eros Grau, de forma muito sucinta, acompanha o Min. Relator por entender presente o nexo de causalidade.

O Min. Carlos Ayres Britto, por sua vez, afirma que “a Constituição não falou de terceiros à toa, ou por acidente, ou por acaso, ela o fez intencionalmente”. Para comprovar seu argumento, lista alguns dispositivos constitucionais que utilizam o vocábulo *usuário* e outros que utilizam o termo *terceiro* e conclui que “no § 6.º, portanto, o uso do termo ‘terceiros’ me parece que foi realmente intencional para extrapolar, ultrapassar as dimensões do simplesmente usuário”. Desta forma, entende que a “Constituição imprime à prestação do serviço público um cuidado ainda maior, ou seja, exige que o princípio da eficiência se aplique em plenitude na prestação dos serviços públicos para que essa prestação não lesione nem usuários em particular, nem terceiros em geral”.

O Min. Cezar Peluso é o próximo a votar e observa que a novidade do disposto no art. 37, § 6.º, da CF/1988, consiste na inclusão das concessionárias e permissionárias de serviços, o que

resultou da necessidade de se evitar uma espécie de “fraude em dano das vítimas, porque, se o Estado prestasse o serviço e ocasionasse o dano, responderia. E, quando transfere a prestação a terceiro, as vítimas não teriam remédio jurídico adequado”. Afirmo, ainda, que:

“(...) o termo ‘terceiro’ não é posto para distinguir entre usuário e não usuário; ‘terceiro’, na norma, diz respeito a quem não seja o próprio Estado ou o concessionário do serviço público. Isto é, o dano causado por agente do concessionário a si mesmo não tem relevância, mas o causado a terceiro a tem”.

Assim, por entender que não foi comprovada nenhuma causa excludente do nexo causal, acompanha o Min. Relator e vota pelo não provimento do recurso.

Iniciando seu voto, o Min. Marco Aurélio recorda a decisão proferida no RE 262.651/SP, salientando ser um “acórdão que precisa ser realmente perquirido na essência, no que ele encerra”. Analisando, a seguir, o acórdão impugnado, entende que o mesmo “potencializou, a mais não poder, a responsabilidade objetiva, existente o nexo de causalidade”. E, justamente por entender ausente a prova deste nexo, defende o provimento do recurso.

Vota, por fim, o Min. Gilmar Mendes, o qual, além da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, busca fundamentar seu entendimento na doutrina de Lucas Rocha Furtado, “nosso colega da UnB”. O Ministro, revendo seu posicionamento anterior, exarado no julgamento do RE 262.651/SP, afirma que “de fato, a natureza do serviço – serviço público – não se altera em razão de o concessionário ser o responsável pela execução da atividade”. Faz, no entanto, uma ressalva, nos seguintes termos:

“Evidente, portanto, que a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos limita-se ao exercício de tal atividade; em outras palavras, caso a empresa cause dano a terceiros em razão de conduta não relacionada à prestação de serviço público, descaberá qualquer menção à responsabilidade objetiva”.

A seguir, repete os termos do acórdão recorrido para afirmar que não foi comprovada a ausência do nexo de causalidade, o que ocorreria nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Desta forma, conhece do recurso, mas lhe nega provimento.

Deve ser realmente louvado este novo entendimento do STF, o qual estabelece o verdadeiro sentido do termo “terceiros” previsto pelo constituinte. Esta visão já havia sido acolhida pela doutrina administrativista, o que foi reconhecido pelo próprio julgado, e encontra eco na

legislação ordinária, a qual, no entanto, escapa à análise do STF no âmbito do recurso extraordinário.¹ De qualquer forma, é importante observar que a distinção engendrada pelo Min. Gilmar Mendes ao final de seu voto não parece subsistir quando são considerados os termos do art. 17 do CDC ou mesmo o disposto no art. 927, parágrafo único, do CC/2002.² Em verdade, com fundamento nestes dispositivos, tem-se como possível a afirmação da responsabilidade civil objetiva do transportador, ainda que não se observe uma verdadeira prestação de serviço público, bastando que exista uma relação jurídica de consumo, – contempladas aqui “todas as vítimas do evento” –, ou considerando-se presente um “risco da atividade”.³

4. CONCLUSÃO

Essas breves considerações podem ser concluídas com um elogio aos dois recentes julgados do STF em relação ao tema da responsabilidade civil do transportador. Verifica-se, de fato, um avanço em face do posicionamento anterior, sendo certo que esta nova perspectiva já havia sido anteriormente defendida e encontra plena acolhida na jurisprudência e na doutrina mais atentas e comprometidas com os valores e garantias constitucionais.

¹ Esta impossibilidade é corretamente apontada por GOMES, Rogério Zuel. A responsabilidade civil do Estado e o atual posicionamento do STF. Alternativa viável: incidência do art. 17 do CDC. *RDC* 72/161-194. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2009.

² Afirma o art. 927 do CC/2002: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

³ Sobre o alcance do disposto no art. 927, parágrafo único, do CC/2002, pode ser consultado o estudo de MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *RT* 854/11-37. São Paulo: Ed. RT, dez. 2006.

Sobre as possibilidades interpretativas do art. 17 do CDC seja consentido remeter a CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, em especial p. 44-55.

REFERÊNCIAS.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. "Ainda o conceito de consumidor: breves considerações a partir de dois julgados recentes do Supremo Tribunal Federal" in *Temas de Direito do Consumidor*, coordenado por Guilherme Magalhães Martins, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. "O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor", in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, coordenado por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

_____. *A Culpa na Responsabilidade Civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

_____. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo, Atlas, 2008.

GOMES, Rogério Zuel. "A Responsabilidade Civil do Estado e o atual posicionamento do STF. Alternativa viável: incidência do art. 17 do CDC", in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 72, São Paulo, Revista dos Tribunais, out./dez. de 2009.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Internet*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. "Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva", in *Revista dos Tribunais*, n. 854, São Paulo, Revista dos Tribunais, dezembro de 2006.

_____, BARBOZA, Heloísa Helena, TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

Doutor em Direito Civil (UERJ). Professor dos cursos de Pós-Graduação da PUC-Rio, Uerj e FGV. Professor Adjunto da PUC-Rio. Conferencista da Emerj. Diretor do Brasilcon. Advogado.

Personalidade e Capacidade Civil

Randolpho Gomes

Sumário - I - Personalidade – Introdução - Início da Personalidade Civil - Fim da Personalidade Civil - Os Nascituros II – Capacidade - Capacidade dos Menores - Incapacidade por Doença Menta - Incapacidade daqueles que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade - Incapacidade Relativa - Incapacidade relativa dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos, e dos que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido - Incapacidade relativa dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. - Incapacidade relativa dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo - Incapacidade relativa dos pródigos - A capacidade dos índios.

I - Personalidade – Introdução

A personalidade civil é o principal atributo jurídico da pessoa humana. Nela se encerra seu acervo de direitos e obrigações, vale dizer, o patrimônio jurídico individual. É o status personae de que nos falavam os romanos. No direito moderno, a simples existência da pessoa dá-lhe tal atributo, independentemente de onde tenha nascido, de quem sejam seus ancestrais, sejam quais forem suas condições patrimoniais, seu parentesco, sua raça, etnia ou religião de sua família. Os seres humanos nascem livres e iguais na aquisição da personalidade. Não mais há escravos, servos, senhores; todos são cidadãos. Confunde-se, destarte, personalidade civil com cidadania.

Não era assim no direito antigo, onde as pessoas podiam nascer livres ou escravos, senhores ou servos da gleba, nobres ou plebeus. Ainda que nascidos livres, poderiam perder o status e passar a escravos ou servos, seja por obra das guerras, seja pela aplicação de penas pecuniárias que sujeitavam os devedores ao domínio dos seus credores. Nem todos eram cidadãos, visto que era possível nascer, viver e morrer sem ser titular do status civitatis.

O direito romano não considerava os escravos como pessoas humanas. Eram emoldurados na categoria das coisas - res. O direito pátrio que vigorava antes da abolição da escravatura qualificava os escravos como semoventes.

A redação do atual Código Civil abandona a expressão “todo homem” para substituí-la pela denominação “seres humanos”. É um avanço no sentido de contemplar a igualdade entre homens e mulheres, adultos e crianças, atendendo a justas reivindicações, recomendações e embates doutrinários. Conquanto a designação “homem” tivesse servido, ao longo do tempo, para designar o ser humano, ¹a evolução impôs a utilização de expressão de maior alcance, fazendo coro com as lutas contra a discriminação sexual. O Código Beviláqua, ainda que tenha colhido subsídios no projeto de Coelho Rodrigues, deixou de adotar a redação dada por aquele eminente juriconsulto ao dispositivo equivalente de sua codificação, cujo artigo 2º estatuiu: *“Todo aquele que nasce com vida e forma humana é considerado pessoa natural e capaz de direitos civis”*. A formulação de Coelho Rodrigues, em que pese o avanço em relação à época em que foi escrita sua obra, onde mal se vislumbravam as lutas em prol das igualdades de direitos e de tratamento entre homens e mulheres, também não era perfeita. Permitiria, por exemplo, a possibilidade de não atribuição de personalidade civil àqueles que nascessem com graves anomalias físicas, dado que a locução “forma humana” se prestaria à criação de estereótipos capazes de gerar discriminações indesejáveis.

A redação adotada a partir do Código de 2003 não constava do projeto original que chegou à Câmara dos Deputados, nem é fruto das alterações lá produzidas. Foi introduzida no Senado Federal, sendo de autoria do relator, o eminente jurista e constitucionalista Josaphat Marinho, que frisou em sua justificativa: *“O vocábulo “homem”, constante do Projeto, já não é claramente indicativo da espécie humana, vale dizer, também da mulher. Com a qualificação marcante dos dois seres, e dada a evolução, inclusive no direito, da situação da mulher, elevada a independente, evita-se o uso da palavra homem abrangente da pessoa de um e de outro sexo.”* Depois de referir-se aquele relator a diversos instrumentos de direito internacional e a judiciosas referências a doutos tratadistas, conclui, irrefutável: *“Logo é de prudente e bom estilo legislativo substituir, no art. 1º, o vocábulo “homem” pela forma “ser humano”. Evita-se confusão e segue-se tendência dominante na ordem jurídica e social. A opção é preferível, mesmo, à da palavra “pessoa”, por ser mais diretamente indicativa do gênero humano.”*

¹ “Homem”, segundo uma das definições do clássico Aurélio Buarque de Holanda, em seu Dicionário, seria *qualquer indivíduo pertencente à espécie animal que apresenta maior grau de complexidade na escala evolutiva; o ser humano*.

O Código Civil Alemão, que é de 1900, com a redação atual, também usa a expressão "pessoa humana" para indicar quem é titular dos direitos.¹

Ainda que a terminologia usada seja correta, o emprego do termo "capaz" pode gerar confusão entre personalidade e capacidade. Melhor seria que se expressasse a lei dizendo "todo ser humano é *titular* de direitos e obrigações na ordem civil", o que explicitaria a verdadeira concepção de "personalidade civil", distinguindo-a da "capacidade civil", essa dependente de outros fatores, circunstâncias e condições.

A lei usa a expressão "ordem civil" como substitutivo de "ordenamento jurídico". Destarte, o conjunto de regras do sistema jurídico vigente em um determinado estado de direito é que dá o contorno da ordem civil, define a cidadania, em todo seu conteúdo, alcance e extensão. No direito antigo, sobretudo em Roma, a ordem civil coincidia com a urbe da cidade império. Só era cidadão e, portanto, titular de personalidade civil, o nascido na urbe, embora nem todos lá nascidos alcançassem tal status. Além da urbe ficava a orbe, o entorno, o resto do mundo. O estrangeiro e o peregrino não possuíam o status civitatis. O cives, titular do status civitatis, era regido pelo ius civile, enquanto aos peregrinos e estrangeiros se aplicava o ius peregrinum e o ius gentium. A expansão do império alargou as fronteiras geratrizes dos cidadãos e o alcance do ius civile, até que sua derrocada, com as invasões dos bárbaros, acabou por instaurar nova ordem.

No moderno estado de direito a "ordem civil" é a "ordem constitucional", na medida em que nessa última se contém todo o arcabouço do sistema jurídico vigente e nela reside a segurança das regras hierarquicamente inferiores, onde estão delineados outros direitos e obrigações de trato privado. Os códigos civis são o repositório dos principais direitos e obrigações dos cidadãos, daí serem apelidados de "constituições dos cidadãos comuns", como bem lembrou, em artigo jornalístico, o Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes.

Início da Personalidade Civil

A personalidade civil tem início e fim. Começa com o nascimento com vida, estatui o direito civil codificado. Nem o Código vigente, nem o anterior, no entanto, cuidaram da definição do que seria "nascimento com vida", deixando para a medicina legal a conceituação. Já Coelho

¹ "Bürgerliches Gesetzbuch, § 1º - Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt" (Código Civil Alemão, § 1º - A capacidade civil das pessoas começa com o nascimento perfeito.

Rodrigues entendeu de aclará-lo em seu projeto, afirmando "*considera-se nascido vivo todo aquele que foi expulso ou extraído do ventre materno e respirou o ar atmosférico*".¹

Andaram bem os legisladores em deixar para a ciência médico-legal a determinação do que é nascimento com vida. Longe já vão os tempos em que se punha em prática a docimásia pulmonar hidrostática, para determinar se o feto era natimorto ou se havia respirado o ar atmosférico, o que lhe daria o condão de ter nascido vivo. A evolução da ciência cria e desenvolve, a cada instante, novos mecanismos de comprovação da existência de vida, que não mais se confunde com a constatação de funcionamento de algumas atividades orgânicas, como a respiração ou os batimentos cardíacos. Assim como a morte cerebral é que determina o fim da personalidade civil, sem embargo de preceder à falência geral dos demais órgãos do corpo humano, também pelo vestígio de funcionamento da atividade cerebral é que se poderá dizer se houve vida extrauterina, conquanto nenhuma outra atividade orgânica possa ter ocorrido.

É indispensável, no entanto, que tenha havido o parto, ou seja, que tenha o feto se libertado do útero materno. Enquanto no abrigo maternal, é feto, não é pessoa, do ponto de vista do direito. A libertação pode ser natural, induzida ou mecânica, nada disso importando para a definição da vida. Nem tem relevância o fato de ser o feto maturo, imaturo ou pós-maturo. O tempo de gestação é desimportante no conceito jurídico da vida.

Não é sem propósito antever a possibilidade de novas conceituações científicas do nascimento, ante as prováveis hipóteses de gestação integral fora do útero materno, sem falar das tão debatidas questões de manipulações genéticas, ora ainda inquietantes, ante a desproporção entre o conhecimento e o desconhecimento humanos. A ilimitabilidade da possibilidade de conhecer, no entanto, aconselha prudência na formulação dos postulados legais, servindo a redação genérica melhor que as pretensas precisões terminológicas, estas sujeitas a rápida obsolescência. Nessa matéria, como em tantas outras ligadas ao universo do direito, o conselho de Ulpiano ainda é indescartável: *in ius omnia definitio periculosa est*.

¹ Observe-se, por curiosidade, a redação do art. 3º do Projeto Coelho Rodrigues, mais extensa e, talvez por isso, continente de mais imprecisões: "*A capacidade civil da pessoa natural começa do seu nascimento; mas, desde a concepção do feto humano, a lei o considera existindo para conservar-lhe os direitos que há de adquirir, se nascer com vida.*" A fórmula de Beviláqua, adotada na nova codificação, é sensivelmente mais sucinta e precisa.

O nascimento com vida não autoriza a adoção de critérios de perfeição do ser nascido, para o fim de reconhecer-lhe a personalidade civil. Pode faltar-lhe órgãos ou funções, como pode tê-los reduzidos em capacidade ou quantidade; pode ser inviável sua sobrevivência; ainda assim terá sido investido do status personae, imitando-se na titularidade de seu acervo próprio de direitos e obrigações.

Os Nascituros

A lei resguarda os direitos do nascituro, isto é daquele que vai nascer. Pode-se concluir daí que, ainda que não tenha, no ventre, a personalidade civil, já teria direitos protegidos pela lei? É possível ter direitos antes de ter personalidade civil? Só quem tem personalidade civil pode ter direitos? Ou cuida o dispositivo de proteger direitos futuros, ainda inexistentes, mas de expectativa lógica? Estaria nesse dispositivo contido o direito à vida, o direito de nascer, a vedar as práticas abortivas? Ou teria a norma, apenas, sentido patrimonial? Qual o verdadeiro sentido da curatela dos nascituros? As respostas a tais indagações são complexas e polêmicas, como veremos, sem a pretensão de esgotar as dúvidas e perplexidades.

Alguns pretendem afirmar, sem temor de críticas, que é possível ter direitos sem ter personalidade civil. Para eles seria possível ter direitos sem ser pessoa. As universitas bonorum,¹ embora não tenham personalidade jurídica, são titulares de direitos, podem estar em juízo, no polo ativo ou passivo, podem contratar e praticar inúmeros negócios jurídicos. Conquanto isso seja verdadeiro em relação às universitas bonorum, não se pode tirar as consequências pretendidas pelos acólitos da tese segundo a qual é possível ter direitos sem ter personalidade jurídica. O exemplo sempre trazido à baila - (as leis de proteção aos animais, as que protegem a perpetuação das espécies, as que vedam os maltratos, as que limitam as experimentações científicas, as que regulam as práticas desportivas) - não importa em atribuir personalidade jurídica aos animais e às coisas protegidas. Os animais e as coisas são meros objeto da proteção legal. O titular do direito continua sendo a pessoa, seja o ser humano especificamente considerado, seja a sociedade como um todo, a quem se incumbe o direito-dever de proteção do meio ambiente, do patrimônio público, da cultura. Embora as leis de proteção dos animais e do patrimônio contenham regras específicas em tal desiderato, os princípios nelas inseridos podem ser usados em prol das pessoas humanas, isoladamente

¹ São universitas bonorum o condomínio, o espólio, a massa falida, a massa liquidanda, dentre outros conjuntos de bens, direitos e obrigações que, representados por quem de direito (síndicos, inventariantes, liquidantes, etc.), podem estar em juízo, contratar, distratar e praticar outros negócios jurídicos.

consideradas.¹ Na verdade, há uma ficção jurídica que considera a existência de direitos de toda a humanidade, sendo as criaturas protegidas apenas o objeto. O ser humano, por exemplo, muitas vezes é o titular e o objeto do direito. Não fosse um ser humano, figuraria na ordem jurídica apenas como objeto da proteção legal. É claro que os destituídos de personalidade não podem exercitar por si próprios seus direitos. Nem todos os dotados de personalidade também podem fazê-lo, como os incapazes. Não se pode chegar ao extremo, no entanto, de admitir a personalidade jurídica para alguém que não se emoldure na espécie humana. Talvez tal matéria possa ser objeto de profundas modificações, num futuro remoto, se se descobrir vida inteligente em outros corpos celestes, quando, então, se instaurará a questão: serão eles humanos como nós?

Entendemos, nessa linha, que os nascituros, embora ainda não tenham capacidade civil, que só tem início quando deixam de ser nascituros e passam a seres nascidos, têm seu próprio rol de direitos. Tais direitos é que são postos a salvo pela lei e não somente aqueles que virão a adquirir após o nascimento. Não era esse o pensamento do douto Coelho Rodrigues, como já vimos na nota de rodapé onde transcrevemos a redação por ele dada ao dispositivo correspondente, em seu projeto de codificação, ao que ora se comenta.

Entre os romanos não se cogitava da proteção dos direitos dos nascituros. É que os fetos eram considerados apenas parte do corpo da mãe. Somente mais tarde, sob Justiniano, construiu-se a regra segundo a qual o nascituro deveria ser considerado uma pessoa viva quando se tratasse de vantagem a seu favor - in rerum naturam esse.²

A lei, na verdade, trata os nascituros como incapazes, tanto que se lhes nomeia, em determinadas hipóteses, curador, no mesmo capítulo em que disciplina a curatela da mãe interdita, dos enfermos ou dos portadores de deficiência física. E não se cuida de novidade da atual legislação, vez que o código antecedente também dela tratava, sob a designação de "curador ao ventre".³ Veja-se que é possível a mãe estar sob proteção do poder familiar, por

¹ Não é despropósito relembrar a utilização por Sobral Pinto da lei de proteção aos animais para defender o líder comunista Luiz Carlos Prestes ante os tribunais de exceção do Estado Novo, bem como a utilização da Lei Áurea, brandida pelo advogado Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira, num dos primeiros embates judiciais contra as mazelas da "lei do passe" a escravizar os atletas do futebol.

² "Studi di Diritto Romano", I, págs. 3 e seguintes e Digesto, XXV, 4, 1,1.

³ A curatela dos nascituros está regulada, no Código sob comentário, no art. 1791; na legislação antecedente era tratada no art. 462, sendo as respectivas redações praticamente idênticas, a despeito de na revogada não se cuidar dos enfermos e deficientes.

ser menor e sem marido, e ter seu fruto, ainda íncubo, protegido pela pessoa de um curador. Apenas no caso de ser a mulher interdita é que uma mesma pessoa exercerá ambas as curatelas, a do nascituro e a dela própria. Se ambos são objeto de proteções diversas, indefectível a conclusão de que dispõem, cada um deles, de acervo particular de direitos. É de se ressaltar a coerência do festejado Coelho Rodrigues, que, não admitindo a existência de direitos dos nascituros, a não ser como perspectiva de aquisição após o seu nascimento, também para eles não previa curatela.¹

É inegável que o principal direito do nascituro é o de vir à luz. O ordenamento jurídico, de maneira geral, veda as práticas abortivas exatamente porque reconhece o direito de nascer do ente em formação no abrigo maternal. As exceções contidas nas diversas legislações, permissivas do aborto, com motivações variadas, umas amplas e outras restritas, mais servem a confirmar a regra geral de proteção da vida do que a infirmá-la. No âmbito do direito civil, no entanto, a proteção mais se reveste de conteúdo patrimonial, passando ao largo a divergência sobre a legalidade ou possibilidade das práticas abortivas.

O termo inicial da proteção aos direitos do nascituro recua à data da concepção. Foi, novamente, feliz o legislador ao deixar em branco a definição do momento da concepção. Hoje a fecundação se pode dar pela via normal do coito, pela inseminação artificial, pela cultura in vitro; não está longe a possibilidade de se dar pelas diversas artes da manipulação genética, do que as chamadas clonagens já estão antecipando notícias. Inesgotável o desenvolvimento científico, evita-se o engessamento de regras, deixando que a generalidade prolongue a vida da norma positiva.

Se a concepção é cientificamente possível fora do útero materno, há que se admitir possa o nascituro, ainda sem mãe definida, vir a ter a proteção curatelar. Problemas interessantes surgiriam, em caso de fecundações em úteros de terceira mulher (mães de aluguel, como são conhecidas na vulgata); sendo a mãe verdadeira menor e sem marido, mas sendo a mãe de aluguel maior e capaz, dar-se-á curador ao nascituro? Se ambas forem menores, não há dúvida de que o curador é indispensável. E se for menor a mãe de aluguel, ou se vier a ser interdita depois da incubação do feto, terá ele curador? Será o curador da mãe de aluguel interdita o mesmo do nascituro, ainda que a mãe verdadeira seja outra? O que prevalecerá em hipóteses hoje raras, somente a reiterada manifestação pretoriana, com assento na doutrina e experiência que se formarem, delineará com segurança o rumo do direito.

¹ Os artigos 2289 a 2310 do Projeto de Coelho Rodrigues cuidam da tutela dos incapazes e da curatela dos interditos, silenciando sobre os nascituros.

Fim da Personalidade Civil

Assim com tem início, a personalidade civil tem fim. O fim natural é a morte física, constatada pela ciência médica. A lei cuida, porém, da declaração de ausência e da morte presumida, quando, pelo desaparecimento do corpus, há necessidade de ser declarada, para efeitos civis diversos, como a determinação do estado civil do cônjuge sobrevivente, a herança, o destino do patrimônio. A lei contempla as hipóteses em que a morte presumida pode ser declarada independentemente da constatação judicial da ausência. É o caso dos que se encontravam em evidente perigo de morte, vítimas de tragédias por eventos naturais ou acidentes, sem o aparecimento dos cadáveres, e daqueles envolvidos em guerras, desaparecidos nas batalhas ou feitos prisioneiros pelas forças adversárias, dos quais não mais se obteve notícias, passados dois anos. Declarada a morte presumida, abre-se a sucessão definitiva. A declaração de ausência autoriza a abertura da sucessão provisória, que só se converte em definitiva passados dez anos da sentença que a declarou.

II - Capacidade

Entre o nascimento e a morte passa a personalidade civil por estágios que determinam a capacidade de seus titulares. A lei assegura o exercício dos atos da vida civil a todos os seres humanos. A regra geral, no entanto, é que somente podem fazê-lo, pessoalmente, aqueles plenamente capazes. Os incapazes absolutos podem praticar tais atos através de seus representantes. Os relativamente incapazes podem praticá-los com a assistência de seus responsáveis. Representantes ou responsáveis são os pais, tutores ou curadores. Há que se distinguir, portanto, personalidade jurídica de capacidade jurídica. Todo ser humano tem personalidade jurídica. A personalidade jurídica é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações; a capacidade jurídica fixa os limites de tal aptidão. Há os plenamente capazes, os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. Os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes, observadas determinadas circunstâncias, podem vir a se tornar plenamente capazes. Do mesmo modo, pessoas plenamente capazes podem se tornar absoluta ou relativamente incapazes.

Capacidade dos Menores

A incapacidade absoluta dos menores perdura até que complete 16 anos. Conquanto tenha sido modificado o marco da maioridade (de 21 na legislação antiga, para 18 na atualidade), manteve-se a medida no que tange à menoridade absoluta.

Os menores de 16 anos são também chamados impúberes. Diz-se que são impúberes, por não terem atingido, ainda, a puberdade. O conceito de puberdade não deriva da ciência jurídica, mas da medicina. É um estado intermediário entre a infância e a adolescência. Nesse período, o corpo, a fisiologia e o psiquismo do menor sofrem transformações sensíveis e palpáveis. Nas meninas, a principal característica é a sobrevivência da menstruação. Nos meninos, a capacidade de ejaculação. O corpo se modifica, os seios intumescem e crescem, aparecem os pelos pubianos e axilares, a voz se altera. Nos meninos costuma aparecer o chamado "Pomo de Adão", também conhecido como "gogó", protuberância externa do corpo hióide, um pequeno osso situado entre a laringe e a base da língua. No que tange ao psiquismo, transformações grandes se dão. Os interesses pessoais deixam de lado os hábitos da infância. Arroubos de independência e insurgência são comuns à idade. Aparecem, em virtude do desenvolvimento dos órgãos sexuais, as aspirações afetivas.

Como se vê, o conceito médico não se amolda, com perfeição, à definição jurídica. As transformações físicas e psíquicas não se dão, exatamente, no marco etário fixado pela legislação. Cada corpo é uma unidade diferente, com desenvolvimento próprio e diferenciado. Fez bem o legislador em não se utilizar das expressões púberes ou impúberes para qualificar as incapacidades civis, pois, na hipótese adversa, grande caos jurídico se formaria, ante a possibilidade de se ter de atribuir a pessoas de idades iguais capacidades diferentes.

A fixação na legislação do marco etário inicial da capacidade pode variar de países para países e de épocas para épocas. A evolução das comunicações e dos métodos e instrumentos de aprendizagem faz com que o discernimento se instale na psique da pessoa humana cada vez mais cedo. De outro lado, as condições econômicas e culturais de determinadas regiões podem adiantar ou retardar essa percepção da realidade. Não se pode, portanto, universalizar, no momento atual, medidas de idade para início da capacidade.

O direito romano não considerava a idade como fator preponderante para a aquisição da capacidade jurídica. Outros eram os fatores determinantes. O homem plenamente capaz na ordem jurídica precisava ser **livre** (não escravo), **cidadão romano** e **pater familias**. Enquanto houvesse um ascendente masculino vivo, a ele se subordinava o descendente, não obtendo, portanto, a qualificação de pater familias. Os descendentes eram apenas fili familias, subordinando-se à patria potestas. Os plenamente capazes eram qualificados como sui iuris, enquanto os demais como alieni iuris. O recém-nascido, tendo perdido seus ascendentes masculinos, assumia no direito romano a condição de pater familias, ainda que tivesse mãe. A mãe, embora nessa hipótese considerada também sui iuris, jamais era

detentora da patria potestas. Com a viuvez, saía ela do pálio da potestas maritalis, embora não alcançasse a patria potestatis. Conquanto o direito romano considerasse os menores de 14 anos como impúberes, a eles não impunha a perda da capacidade e, por consequência, a titularidade do pátrio poder.

É evidente que dentre aqueles capazes de exercitar os atos da vida civil, ou seja, aqueles que fossem livres, cidadãos romanos e pater familias, aí sim, a idade poderia influir. Daí explicitarem os romanos como incapacidades absolutas dentre tais categorias, apenas os infantes e os loucos. Por infantes era de se compreender os que não sabiam falar ou que não compreendiam o sentido próprio das palavras.¹

Aos menores de 16 anos, em nossa legislação, é vedado exercer, pessoalmente, os atos da vida civil. Embora titulares dos direitos, não os exercem por si próprios. Não são assistidos, mas representados. Os representantes legais dos menores são os pais e, na falta deles, os tutores (art. 1747, I, do Código Civil). Na representação, o poder de exercício dos direitos repousa, exclusivamente, no representante. O representado não influencia, nem é ouvido obrigatoriamente. Pode sê-lo, a título informativo e para formação do juízo exclusivo do representante na prática do ato. Em contrapartida, a responsabilidade pelos atos praticados em nome dos menores impúberes recai, exclusivamente, sobre os representantes, ainda que tenham se valido da opinião informativa ou volitiva do menor representado.

Ao contrário do direito antecedente, o pátrio poder, ao qual se sujeitam os menores, agora é exercido em conjunto pelo pai e pela mãe. Havendo divergência, há que procurar o casal o suprimimento judicial, como determina o art. 1631, parágrafo único, do Código Civil.

Incapacidade por Doença Mental

O novo Código deixou de lado a expressão **loucos de todo o gênero**, substituindo-a pelo texto longo, mas explicativo, do inciso II. A insurgência contra a expressão anteriormente usada era antiga. Clóvis Bevilacqua já a repelia, defendendo a redação original do projeto primitivo que deu origem à codificação de 1916. Preferia o ilustrado jurista usar "alienados de todo gênero", categoria então definida como *"aqueles que, por organização cerebral incompleta, por moléstia localizada no encéfalo, lesão somática ou vício de organização, não*

¹ IN + FANS = o que não fala, em latim.

gozam de equilíbrio mental e clareza de razão suficientes para se conduzirem , socialmente, nas várias relações da vida."

No antigo direito francês havia a referência aos interditos, como alvos da declaração da incapacidade absoluta. Para ser interditado, era preciso que se detectasse uma das seguintes causas: a imbecilidade, a demência ou o furor. Por imbecilidade entendia a lei uma ausência ou obliteração das idéias; por demência, a alienação que obstaculiza o uso da razão; e, por furor compreendia-se a loucura capaz de produzir atos perigosos, para o próprio ou para terceiros. Tal classificação também era criticada pelos juristas da época, para quem o importante era se analisar a gravidade da alienação mental, abstraindo-se da nomenclatura técnica.

O direito romano se referia à alienação mental, usando para tanto de diferentes termos, segundo AUDIBERT. Dentre tais termos, os mais comuns eram furiosi, dementes e mentecapti. Os romanistas, no entanto, não chegam a um acordo quanto à definição de cada uma de tais categorias. Segundo JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, a maioria dos romanistas entende que furiosi eram os loucos com intervalos de lucidez e dementes e mentecapti os que sofriam de loucura contínua, sem intervalos. Para VERING, no entanto, mentecapti eram aqueles cujas faculdades mentais eram pouco desenvolvidas, o que justificaria sua distinção de dementes. Tal classificação quase se amolda àquela descrita anteriormente, adotadas pelos comentaristas do direito civil francês.

A redação atual do inciso II de nosso código deixa margem a algumas dúvidas. A expressão "enfermidade ou deficiência mental" pode ser entendida de duas formas. Ou se refere a "enfermidade mental" e "deficiência mental", ou pode se reportar a qualquer enfermidade e deficiência mental. Se o objetivo foi emoldurar na expressão doenças e deficiências de origem mental, o mais correto seria colocar o adjetivo no plural: "*enfermidade ou deficiência mentais*". Não estando o adjetivo no plural, poder-se-ia concluir que buscou o Código possibilitar a decretação da incapacidade, ainda que não derivasse ela de doença mental, mas de qualquer outro tipo de enfermidade que conduzisse à perda do discernimento para a prática dos atos da vida civil. Nesse diapasão, poderiam ser declarados absolutamente incapazes, por exemplo, os tetraplégicos que, embora lúcidos, não tivessem, definitivamente, à luz dos instrumentos científicos do momento, meios capazes de transmitir sua vontade.

A classificação das doenças mentais não é pacífica, nem foi construída de uma só vez, ao longo dos estudos da Medicina Legal. A primeira tentativa, no mundo moderno, partiu da criação da Liga das Nações, logo depois da Primeira Guerra Mundial, em 1920. Depois da criação da

ONU (1946) e de seu braço médico, a ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (1948), chegou-se a uma primeira classificação, então de aceitação generalizada:

- a) Deficiência mental;
- b) Esquizofrenia (Demência Praecox);
- c) Psicose Maníaco-depressiva;
- d) Outros transtornos mentais.

No Brasil, a primeira classificação foi promovida pela Sociedade Brasileira de Psiquiatria, Neurologia e Medicina Legal, sob o comando de uma comissão formada por Juliano Moreira, Afrânio Peixoto, Antônio Austregésilo, Carlos Moreno e Henrique Roxo. Chegaram eles à seguinte classificação:

- a) Psicoses infecciosas;
- b) Psicoses autotóxicas;
- c) Psicoses heterotóxicas (alcoolismo, morfinomania, cocainomania, etc.);
- d) Demência Precoce (esquizofrenia);
- e) Delírio sistematizado alucinatório-crônico;
- f) Parafrenias;
- g) Paranóia, Psicose maníaco-depressiva (psicose periódica). Formas: maníaca predominante, depressiva predominante, mista;
- h) Psicose de involução;
- i) Psicose por lesões cerebrais e demências terminais (arterioesclerose, sífilis etc.);
- j) Paralisia geral;
- k) Psicoses epiléticas;
- l) Psicoses ditas neuróticas (histeria, neurastenia, psicastenia, nervosismo, coréia);
- m) Outras psicopatias constitucionais (estados atípicos de degeneração);
- n) Imbecilidade e idiotia.

Hoje já marcha a medicina para a classificação das doenças mentais, agrupando-as sob o número CID-11. A proposta ora em debate nos círculos científicos é a seguinte:

1. Transtornos diagnosticados na infância ou adolescência;
2. Delirium, demência, transtorno de amnésia e outros transtornos cognitivos;
3. Transtornos mentais devido a uma condição médica geral não classificados;
4. Transtornos relacionados a substâncias;
5. Esquizofrenia e outros transtornos psicóticos;
6. Transtornos de humor;
7. Transtornos de ansiedade;
8. Transtornos sematoformes;
9. Transtornos factícios;
10. Transtornos dissociativos;
11. Transtornos sexuais e de identidade de gênero;
12. Transtornos alimentares;
13. Transtornos do sono;
14. Transtornos do controle dos impulsos não classificados em outro local;
15. Transtornos de ajustamento
16. Transtornos de personalidade;
17. Outras condições que podem ser um foco de atenção clínica.

Como se verificou, a classificação médica é instável. De qualquer maneira, do ponto de vista do direito, o importante é que a moléstia ou a deficiência levem à perda do discernimento suficiente para a ação social da pessoa. Se não o faz, não há que se falar em incapacidade absoluta. O sábio inglês, STEPHEN HAWKING, está aí para comprovar que a incapacidade física, ainda que gritante, pode ser superada por instrumentos e vontade, desde que presente

a lucidez cerebral e a capacidade de manifestação, ainda que por instrumentos de elevada sofisticação tecnológica.¹

A nova redação introduzida pelo Código de 2003, em que pese a imprecisão, devida à colocação do adjetivo no singular, parece mesmo se referir a quaisquer doenças ou deficiências mentais que levem à impossibilidade de discernimento, deixando as outras causas para o inciso III, objeto de comentário em seguida.

Incapacidade daqueles que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade

A legislação revogada falava dos surdos-mudos que não puderem expressar sua vontade. A nova redação amplia o leque, admitindo a inclusão de outras deficiências que impeçam a expressão da vontade. Aí podem ser listadas outras anomalias físicas, ainda que provisórias. A deficiência visual, se não acompanhada de outro tipo de infortúnio, dificilmente levaria à interdição com suporte no inciso III sob análise, vez que, restando, por exemplo, a fala ou a audição, a manifestação da vontade seria possível.

A deficiência descrita no dispositivo pode ser permanente ou temporária. Se permanente, a interdição terá tal caráter. Se temporária, ainda que interditado o paciente, poderá recuperar seu *status civitatis*, assim que dela se livrar. O Código inovou neste aspecto, criando uma **incapacidade absoluta temporária ou transitória**. A nosso ver, melhor técnica seria adotada se a impossibilidade de discernimento temporária fosse incluída como incapacidade relativa e listada num dos incisos do art. 4º. Sobrevindo a possibilidade, elidida estaria a incapacidade. O incapaz não seria submetido ao processo de interdição, sendo assistido nos atos que tivesse que praticar, ainda que a assistência, nesses casos, enquanto durasse a obliteração do discernimento, mas se assemelhasse à representação.

Confira-se que o inciso II fala de **perda do discernimento**, enquanto o inciso III alude a **possibilidade de expressão da vontade**. Quem perde o discernimento totalmente, ainda que possa manifestar uma vontade, o ato de volição não é considerado. A anomalia mental leva à descaracterização da vontade exposta, tornando-a inábil para produção de efeitos no mundo jurídico. De outro prisma, por mais grave que seja a deficiência, ainda que permanente ou de cura desconhecida, se ela não obsta a manifestação da vontade, não induz

¹ Stephen Hawking, nascido em 08.05.42, sofre com paralisia geral desde a idade de 32 anos, não obstante ser autor de inúmeras obras da mais moderna física, todas escritas já no estado avançado de sua enfermidade.

à incapacidade. O exemplo do sábio inglês já mencionado emoldura-se com perfeição à hipótese.¹

A nova codificação suprimiu o inciso IV da lei anterior, que enumerava dentre os sujeitos à incapacidade absoluta os ausentes. O código atual dedicou todo um capítulo à abordagem da ausência, da curatela dos ausentes, da sucessão provisória e da sucessão definitiva.²

A representação dos absolutamente incapazes é exercida pelos pais ou tutores, em relação aos menores, e por curadores, no que tange aos demais. Quanto aos emoldurados nos incisos II e III do art. 3º, do ponto de vista jurídico, não basta a constatação ou suspeita do mal que causa os distúrbios de discernimento ou de manifestação da vontade. É preciso que sejam judicialmente assim declarados, em processo regular de interdição.³

Já era assim no ancião direito civil francês, como nos informam PLANIOL & RIPERT: *"A interdição é um julgamento pelo qual um tribunal civil, após ter constatado a alienação mental de uma pessoa, a suspende da administração de seus bens. Este julgamento traz como consequência a submissão do interdito à curatela.... ... Sobre todas as questões precedentes, a Corte de Cassação retém poder de apreciação soberana dos julgados, para submeter a seu controle: 1º - sobre a existência da alienação mental; 2º - sobre seu caráter suficientemente grave; 3º - sobre seu caráter habitual, sobre a maneira como se manifesta e sobre a existência ou não de intervalos de lucidez."*

Este entendimento deve prevalecer no direito atual. A enfermidade ou anomalia é um problema médico, mas a declaração da incapacidade, bem como a interdição, são problemas jurídicos, da alçada do Poder Judiciário. Ninguém, sem ser legalmente interditado, pode ser declarado incapaz, e só o será obedecido o devido processo legal.

¹ Veja a nota anterior..

² Código Civil de 2003, artigos 22 a 39.

³ Código de Processo Civil, artigos 1177 a 1186.

Incapacidade Relativa

A incapacidade relativa impõe às pessoas restrições, seja quanto à prática de determinados atos, seja quanto à maneira de praticá-los. Alguns de tais atos são vedados, expressamente, em diversos dispositivos da lei. Outros, podem ser praticados sob condições.

Vale recordar, a título histórico, que a redação originária do Código Civil de 1916, vigente, nesse aspecto, até o advento da Lei 4.121, de 27.08.62, declarava relativamente incapaz a mulher casada, impondo-lhe a assistência marital para a prática de alguns atos, dentre eles o de exercício profissional. Ainda que os maridos também não pudessem praticar certos atos sem a outorga uxória, como a alienação ou oneração de bens imóveis, não lhes dedicava a lei revogada igual qualificação jurídica, fruto da concepção de submissão da mulher então vigente.

Os atos praticados pelos relativamente incapazes não são nulos de pleno direito, mas, simplesmente, anuláveis, nos termos do art. 171, I, do diploma substantivo. A incapacidade relativa também não pode ser alegada por uma das partes em seu próprio benefício, dela não podendo se valer, de igual forma, os outros coparticipantes da relação jurídica. A única exceção admitida a tal regra, trazida pelo art. 105 do código vigente, se reporta à hipótese de ser indivisível a obrigação comum ou o objeto do direito.

Incapacidade relativa dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Ao longo do tempo, e de país para país, registra a história uma evolução no estabelecimento dos parâmetros etários da maioridade. Já vimos que a plena capacidade, para os romanos, dependia mais de seu status civitatis que da própria idade cronológica. O cidadão romano, maior de idade, poderia não ser sui iuris, se tivesse ascendente masculino vivo e capaz; a ele se subordinaria pelo vínculo do poder paternal. Escravos, libertos e estrangeiros, ainda que alcançassem idade avançada, não gozavam de todos os direitos do cidadão romano, jamais alcançando o estado de plena capacidade. A tendência que se descortina no mundo de hoje é a sucessiva redução da idade, tanto para aquisição da maioridade plena, quanto para se atingir a incapacidade relativa. Do mesmo modo, ampliam-se os atos que já podem ser praticados pelos menores, relativamente incapazes, sem assistência de seus pais ou tutores.

A principal ampliação dos direitos dos menores de 18 anos e maiores de 16 anos foi, sem dúvida, o poder de votar, ainda que facultativo, introduzido pela Constituição da República, em seu art. 14, § 1º, alínea "c". À sombra de tal comando maior, já se reivindica direito à

habilitação para condução de veículos automotores e, por consequência, redução da idade mínima para responsabilização criminal. O fato de não ser o menor de 18 anos criminalmente imputável, impede-o, ainda, de obter a habilitação para condução de veículos automotores, ante a regra do art. 140, I, do Código Nacional de Trânsito (Lei 9602, de 21.01.98).¹

Legislação esparsa, ou consolidada, atinente a outras áreas do direito, editada antes da vigência do atual código civil, já admitia a prática de determinados atos da vida civil aos maiores de 18 anos e menores de 21. Criavam tais leis um estágio intermediário entre a menoridade relativa e a maioridade plena. O menor que houvesse atingido a idade de 18 anos, apesar de perseverar-se como incapaz relativo, já era admitido à atuação em algumas esferas, como veremos. Entendemos que a melhor orientação hermenêutica deveria se dirigir no sentido de reduzir-se a idade mínima fixada nessas leis, de 18 para 16 anos, sem o que os dispositivos converter-se-ão em letras mortas, inócuas, já que a maioridade atual é de 18 anos e a partir dela todos os atos da vida civil podem ser praticados, irrestritamente, pelos que a atingirem.

Um de tais exemplos reside na lei de registros públicos (6015/73), que assegura, em seu art. 50, § 3º, aos menores de 21 anos e maiores de 18, o direito de requererem, pessoal e diretamente, seu próprio registro civil. Ainda não foi adaptado tal texto legal aos novos limites da maioridade, sendo certo que, apesar disso, o direito lá transcrito pode ser exercido pelos menores de 18 e maiores de 16 anos, sem o que restaria absolutamente sem sentido e utilidade, já que recuou o limite da assunção da plena capacidade de 21 para 18 anos. Nenhuma restrição, pois, poderia alcançar os já completamente aptos à prática dos atos da vida civil, aí incluído, sem dúvida, o direito de solicitar seu próprio registro. Em tal aspecto, deu-se a derrogação parcial da lei de 1973 pela entrada em vigor, em janeiro de 2003, da nova codificação civilista.

Como a prova do nascimento se faz com a certidão do registro, inexistindo ela, o direito exercitável por força do art. 50, § 3º, da lei mencionada, dependerá de procedimento a ser praticado perante o Juiz competente das varas registrais, ou que lhes façam a vez, já que terá o requerente de provar, de outra forma qualquer, a data de seu nascimento. Isso poderá ser suprido por declarações médicas, de casas de saúde ou de parto, pelos ascendentes,

¹ Art. 140 - A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos:

I - Ser penalmente imputável.

sobretudo pela mãe, ou por testemunhas e documentos outros. Admite-se, em tais casos, como prova, até os certificados de batistério emitidos pelas cúrias, de qualquer credo religioso.

Igual perplexidade se constata da leitura do art. 792, da Consolidação das Leis do Trabalho, onde se permite aos maiores de 18 anos, menores de 21, pleitear perante a Justiça especializada sem assistência de seus pais ou tutores. Se se considerar que não houve alteração naquela lei do teto etário mínimo, também ficou tal comando legal inócuo, pois a partir do Código Civil a maioridade se dá aos 18 anos, não trazendo o dispositivo da lei trabalhista, se não modificado, qualquer benefício: os maiores podem estar em Juízo, irrestritamente, independentemente de declaração em leis de qualquer natureza.

Também no campo penal existem disposições concedendo poderes aos menores de 21 anos e maiores de 18, no que atine ao exercício de queixa-crime e do perdão.¹ Nesses casos, não há que se falar em redução do limite mínimo para 16 anos, pois importaria na recíproca, qual seja, a admissão da imputação criminal a partir de tal idade, o que é profundamente controvertido no seio da sociedade.

A Lei do Serviço Militar contém um esdrúxulo dispositivo, pelo qual, para os fins nela previstos, cessa a incapacidade civil do menor aos 17 anos.² Não estabelece a lei o alcance de tal capacidade, nem as consequências daí derivadas. Uma questão que se impõe: podem os maiores de 17 anos, incorporados às forças armadas, obter habilitação para dirigir veículos automotores? O Código de Trânsito permite que os cursos de formação de condutores sejam ministrados diretamente pelas corporações militares aos seus componentes, dispensando os ali aprovados dos exames nos órgãos de trânsito, devendo, apenas, requerer a habilitação civil.³

O artigo 156 do código revogado, remissivamente citado no bojo do art. 6º, inciso I, estabelecia que o menor relativamente incapaz equiparava-se ao maior, para fins de responsabilidade decorrentes de atos ilícitos. Não há dispositivo correspondente no Código Civil de 2003. A regulamentação ora em vigor prevê a responsabilidade dos incapazes pelos prejuízos causados, se seus responsáveis não tiverem a obrigação de fazê-lo, ou não

¹ Código de Processo Penal, artigos 34, 50 parágrafo único e 52.

² Lei 4.375, de 17.08.64, art. 73.

³ Código Nacional de Trânsito (Lei 9602, de 21.01.98), art. 52, §§ 2º e 3º.

dispuserem de recursos para tanto.¹ Quando os responsáveis não têm a obrigação de indenizar? A resposta está no art. 932, I, do código vigente: quando os menores não estiverem sob a autoridade paterna, ou não viverem em sua companhia, isentam-se os responsáveis da responsabilidade civil. Conclui-se que, se o menor tiver bens, responderão eles pelos danos causados; se não os tiver, a responsabilidade é dos seus responsáveis, salvo se não viverem com eles ou não estiverem sob sua guarda. Haverá hipóteses, portanto, em que os danos provocados por menores, em virtude de atos ilícitos, não terão condições materiais de ressarcimento. De qualquer forma, o ressarcimento de prejuízos por atos dos menores encontra ainda a restrição contida no parágrafo único do art. 928: deverá a indenização ser módica e não incidirá caso prive o incapaz de meios suficientes para sobrevivência.

Os maiores de 16 anos podem testar livremente, consoante a regra do art. 1860, parágrafo único do novo código. Igual direito era reconhecido na legislação revogada, ainda que indiretamente, quando se estabelecia a incapacidade de testar para os menores de 16 anos. A contrario sensu, portanto, a faculdade já podia ser exercida.²

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 60, veda o exercício do trabalho aos menores de 14 anos, ressaltando a hipótese do aprendizado. Cria, assim, nova categoria: menores absolutamente incapazes, que poderiam trabalhar, já que, a partir de 14 anos, consoante aquele dispositivo, podem fazê-lo. Não há dúvida, também, que se liberou o trabalho para todos os menores emolduráveis como relativamente incapazes. O ECA remete à legislação especial a regulamentação e proteção do trabalho dos adolescentes, sem prejuízo das regras protecionistas e acauteladoras nele inseridas.³ As disposições do art. 60 do ECA, no entanto, colidem com o texto constitucional inserido no art. 7º, XXXIII, que fixa o piso de 14 anos para o início da prática do aprendizado. A disposição do art. 60 do Estatuto é errônea e não pode subsistir. Antes de 14 anos é vedado o exercício de qualquer atividade laboral, ainda que como aprendiz.⁴

Incapacidade relativa dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos, e dos que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido.

¹ Código Civil, art. 928 e seu parágrafo único.

² Art. 1627, I, do Código Civil de 1916.

³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), artigos 60 a 69)

⁴ Constituição da República, art. 7º, XXXIII: "*proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho, a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.*"

Trata-se de sensível modificação, comparando-se com a legislação antecedente. Criou a lei, pois, novas modalidades de incapacidade relativa, quais sejam, os ébrios contumazes, os toxicômanos e os portadores de doenças mentais leves. Mais uma vez a legislação força o intérprete a se valer de outras ciências para a compreensão e aplicação de seus dispositivos. As definições de tais anomalias pertencem à medicina, sobretudo nos ramos de psiquiatria e psicologia. Há que se ter um entendimento sobre a expressão "ébrio habitual". A interpretação puramente gramatical nos leva a compreender que seria aquele que se embriaga habitualmente. A embriaguez importa na redução das aptidões física, motora e mental. Aquele que a repete, continuamente, torna-se durante um período maior de tempo incapacitado para exercer seus direitos e cumprir suas obrigações, justificando a submissão ao processo de interdição, para se ver declarado relativamente incapaz. O mesmo se dá com os viciados em tóxicos. A redação do dispositivo legal poderia ter sido resumida, substituindo-se "ébrios habituais e viciados em tóxicos" por "dependentes químicos".

O fecho do dispositivo faz referência à redução do discernimento. Há, portanto, um elemento inseparável para a declaração da incapacidade. Não basta a embriaguez habitual ou o vício; é preciso que as sequelas de tais desvirtuamentos de conduta levem à caracterização da redução do discernimento. Aquele que se embriaga habitualmente, bem como que se droga costumeiramente, se tem logo após a alteração de seu estado psíquico e físico, motivado pela ingestão do álcool ou dos tóxicos, intervalos grandes de lucidez, quando pratica atos em perfeita normalidade aos padrões vigentes na sociedade, não preenche os requisitos legais exigíveis para a declaração de sua interdição.

A inclusão neste mesmo inciso dos portadores de alienação mental faz-nos voltar às concepções da medicina sobre tais transtornos. Consta-se, pois, que a alienação mental pode, para os fins legais, gerar a incapacidade absoluta, a relativa, ou não produzir quaisquer delas. O fator de diferenciação é o discernimento.

Questão que se impõe deslindar é a possibilidade de serem interditados os portadores do chamado "Mal de Alzheimer". O neuropatologista ALOIS ALZHEIMER, primeiro cientista a detectar a enfermidade, assim a definiu, na primeira década do século XX: *"uma patologia neurológica de causa desconhecida que envolve déficit de memória, alterações de comportamento e incapacidade para as atividades rotineiras."* Hoje, a ciência médica analisa a patologia dividindo-a em três fases, de acordo com as sequelas deixadas no paciente; **"a fase leve, onde há lapsos de memória relacionados a fatos recentes, a dificuldade para se expressar ou fazer cálculos. Em tal fase, os próprios doentes percebem suas deficiências. A etapa subsequente foi denominada fase moderada, quando várias funções restam prejudicadas, como a orientação espacial e o raciocínio. O paciente precisa de supervisão para realizar tarefas que exijam mais atenção, como cozinhar. A maioria é acometida por alterações de comportamento, como crises de depressão e de agressividade. Por último, chega-se à fase**

avançada, quando o enfermo já não pode ficar sozinho. Ele não interage com as pessoas e raramente as reconhece, inclusive as mais próximas. O doente perde o controle de funções essenciais, como as do intestino, da bexiga ou da deglutição."¹

Há, portanto, hipóteses de portadores do Mal de Alzheimer poderem ser enquadrados como plenamente capazes (na primeira fase), como relativamente incapazes (na segunda fase), ou absolutamente incapazes, (na última fase). O simples diagnóstico da enfermidade, por si só, não pode levar à interdição.

A matéria é absolutamente fática e casuística, dependendo, sempre, da produção de provas no bojo do procedimento judicial onde se buscar a declaração da incapacidade relativa sob o pálio do inciso II. O objeto da prova deverá ser, por conseguinte, a demonstração dos reflexos das anomalias sobre o discernimento do interditando.

Incapacidade relativa dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

O dispositivo é pleonástico em relação ao inciso anteriormente abordado. Se a condição para qualificar o excepcional como relativamente incapaz é a constatação do desenvolvimento mental incompleto, estamos diante de uma nova modalidade de se referir à deficiência mental. Quem não tem desenvolvimento mental completo, logicamente, sofre de deficiência mental. A graduação da deficiência é que pode levar à declaração da incapacidade e, como já dissemos, reside tal definição no campo da ciência médica, que deverá ser chamada à colação, pela via da prova pericial, quando instado o Poder Judiciário a abordar a possibilidade de interdição de alguém portador da excepcionalidade aludida.

Esta repetição já foi percebida por estudiosos do direito. Bastaria a existência de um só dispositivo na legislação, emoldurando dentre os passíveis de interdição por incapacidade absoluta ou relativa os portadores de deficiência mental. Se grave, geraria a absoluta; se leve, a relativa; se mínima, nenhuma restrição. A conceituação voltaria sempre em busca do amparo da prova técnica, cujos contornos foge dos limites da ciência jurídica.²

Incapacidade relativa dos pródigos.

O direito romano já cuidava da prodigalidade como fator de influência na capacidade civil. A princípio a qualificação se amoldava apenas àqueles que gastavam, sem medida, bens

¹ Paulo Bertolucci e Ivan Hideyo Okamoto, neurologistas da UNIFESP e do Hospital Albert Einstein, apud Revista Veja, edição de 15.09.2009.

² Confira-se a opinião de CLARA BERTOCCO ZAQUEO, em artigo respondendo à questão "Qual a diferença entre deficiente mental e excepcional", citando também FÁBIO ULHOA e FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS, publicado no site JUSBRASIL - www.jusbrasil.com.br.

adquiridos por herança. Com a evolução, passou a abranger todos os que gastavam desordenadamente seus bens, independentemente de sua origem. Os textos legais romanos equiparavam os pródigos aos loucos, embora aos primeiros se reconhecesse o direito de praticar determinados atos, enquanto aos últimos nenhum reconhecimento era dispensado.

O direito francês antigo diferenciava entre "prodigalidade" e "fraqueza de espírito". Definia os pródigos como aqueles que dissipavam sua fortuna em loucas despesas. Os fracos de espírito eram os que tinham suas faculdades afetadas, sem perder, por completo a razão. À Corte incumbia distinguir entre pródigos e fracos de espírito.

A Consolidação das Leis Civis, coordenada por Teixeira de Freitas, dispunha em seu artigo 20 sobre os pródigos, equiparando-os aos menores, assim como fazia em relação aos loucos, reportando-se às Ordenações.¹

O projeto de código civil, elaborado por Coelho Rodrigues e terminado em 1893, já contemplava a prodigalidade como uma das causas de restrição do exercício da capacidade civil das pessoas naturais. Não usava a terminologia que foi afinal adotada no projeto definitivo que deu origem ao Código Civil de 1916. Considerava "incapazes" aqueles que hoje seriam emoldurados como "absolutamente incapazes"; aos hoje reconhecíveis como "relativamente incapazes" apunha a denominação genérica de "pessoas interditas."

Do ponto de vista léxico, a expressão "pródigo" comporta duas acepções: a) generoso, liberal; b) perdulário, dissipador, esbanjador. É de se ver que apenas a segunda conceituação interessa ao direito, sob o ângulo em que serve a palavra para definir uma das causas de decretação da incapacidade civil relativa. Se o perdulário, no entanto, não põe em risco sua fortuna, apesar de muito dispende, não pode ser considerado pródigo, nos termos legais. Não se mensura, portanto, para a incidência da prodigalidade, o quantum habitualmente gasto, mas sua relação com a dimensão dos recursos possuídos pelo indivíduo. Um gasto contumaz de determinada monta para um cidadão de posses elevadas pode significar prodigalidade para outro, de escassos recursos.

Alguns estudiosos consideram a prodigalidade uma forma de debilidade mental. A psiquiatria a emoldura sob o termo *oniomania*. A correta inteligência desse termo, no entanto, não satisfaz à ciência jurídica, pois, pesquisando a sua origem etimológica, chegar-se-ia a "compulsão para comprar". Ora, do ponto de vista jurídico pródigo não é somente o que muito compra, mas aquele que gasta desordenadamente, ainda que não seja comprando. Não é sem razão que

¹ Consolidação das Leis Civis, art. 29: "*Os loucos de todo o gênero, e os pródigos, são equiparados aos menores. A Lei do mesmo modo os protege.*" TEIXEIRA DE FREITAS faz remissão às Ordenações, L. 4º T. 103, Lei 103, de 03 de novembro de 1830, art. 4º.

os juristas franceses, capitaneados por AUBRY e RAU, incluíram em sua definição a expressão "folles dépenses", isto é, dispêndios loucos.

A curatela dos pródigos, após o regular processo de interdição, submete-os a restrições apenas quanto aos gastos. O curador passa a administrar a fazenda pessoal do interdito, evitando que sua anomalia o leve a dilapidar seu patrimônio. Não pode lhe vedar o conforto e a diversão a que está acostumado ou afeito, nem pode lhe impedir a aquisição de bens ou de objetos de utilidade e necessidade. Todos os demais aspectos da capacidade civil continuam íntegros na pessoa do prodígio, que pode até ir a juízo contestar atos ou vedações de seu curador.

A capacidade dos índios

O parágrafo único do art. 4º delegou à legislação especial a regulamentação da capacidade dos índios. O código de 1916 considerava os indígenas relativamente incapazes, remetendo à legislação especial apenas a forma de exercício de sua proteção, chamada, impropriamente, de regime tutelar.

O Estatuto do Índio define quem pode ser qualificado como silvícola ou índio: "*é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.*" ¹

A tutela (que deveria ser designada como curatela) dos índios é exercida pela UNIÃO, através do órgão próprio, no caso atual, a FUNAI. Pelas normas da Lei 6.001, de 19.12.73, o índio pode requerer a qualquer juiz sua liberação da tutela, comprovando ter 21 anos, ter conhecimento da língua portuguesa, exercício de atividade útil na comunhão nacional e entendimento razoável dos costumes da comunhão nacional. ² É de se questionar se, com o advento do atual código civil, não teria de se alterar tal limite de idade, baixando-o para 18 anos, piso da maioridade civil na nova legislação. Se as demais condições foram adimplidas, não há porque se manter a capitis deminutio.

¹ Art. 3º, I, da Lei 6.001/73 - Estatuto do Índio.

² Art. 9º, I a IV, da Lei 6.001/73.

Os atos praticados pelos índios "não integrados",¹ com qualquer pessoa, física ou jurídica, alheia à condição indígena, sem a assistência da União, são nulos de pleno direito.² Vê-se que a legislação especial empresta a nulidade a tais atos, enquanto apõe apenas a anulabilidade em relação aos que vierem a ser praticados pelas demais pessoas tidas como relativamente incapazes.³ Consoante opinião recentemente publicada, o objetivo do novo Estatuto do Índio, cujo projeto foi agora enviado ao Congresso Nacional, é de conceder ao silvícola a plena cidadania, com todos os direitos e deveres, aí incluída a responsabilidade penal.⁴

Nota final do autor:

Este artigo é um breve estudo, não esgotando, evidentemente, a matéria abordada. O autor agradece críticas e sugestões.

Notas bibliográficas

ANTÔNIO COELHO RODRIGUES, "Projeto do Código Civil Brasileiro", edição do Ministério da Justiça, vol. 2, 1980.

JOSAPHAT MARINHO, Diário do Senado Federal, Suplemento "A", 15.11.97, pág. 106.

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, artigo publicado no jornal O GLOBO em 1997.

CLÓVIS BEVILACQUA, "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil", vol. I, pág. 194;

¹ A classificação dos índios em *não isolados, em vias de integração e integrados* está descrita no art. 4º, incisos I a III, da Lei 6.001/73.

² Art. 8º da Lei 6.001/73.

³ Art. 171, I, do Código Civil.

⁴ "Da Avenida Paulista aos Ianomâmis", artigo assinado por Tarso Genro, Márcio Meira e Pedro Abramovay, respectivamente Ministro da Justiça, Presidente da FUNAI e Secretário de Assuntos Legislativos, publicado em O GLOBO, em 23.09.09.

PLANIOL & RIPERT, "Traité Pratique de Droit Civil Français", vol.. 1, pag. 687/688, Librarie Générale de Droit & Jurisprudence, 1925.

AUDIBERT, "Études sur l'histoire du Droit Romain", I, págs. 12 e seguintes.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Direito Romano", vol. I, Forense, 3ª Edição, pag. 141.

WALMOR J. PICCININI, "História da Psiquiatria", novembro de 2006, vol. II.

THEODOR LOEWENKRON, Relator da "Mesa Redonda em Direção à CID 11", no XXVI Congresso Brasileiro de Psiquiatria, Ciência e Ética em Psiquiatria, Brasília, outubro de 2008.

AUBRY & RAU, Traité de Droit Civil.

Randolpho Gomes, o autor, é advogado desde 1964, Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros desde 1975, onde integrou a Diretoria por diversos mandatos, tendo sido Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro em vários biênios.

Parecer

Emendas Sugeridas pela CPDP/IAB ao PLS nº156/2009:

Projeto de Emenda ao Título VI do PLS 156/2009, Competência no Novo Código de Processo Penal.

Relator: Rodrigo Machado Gonçalves.

No que tange às regras sobre competência são propostas poucas alterações no texto examinado, as quais são oferecidas pelo quadro comparativo abaixo:

Redação do PLS nº. 156/09:	Redação sugerida:
Art. 93. A competência para o processo penal é determinada pela Constituição da República Federativa do Brasil, por este Código e, no que couber, pelas leis de organização judiciária.	Art. 93. A competência para o processo penal é determinada pela Constituição da República Federativa do Brasil, por este Código e, no que couber, pelas leis de organização judiciária. <i>Parágrafo único: São critérios de determinação e de modificação da competência jurisdicional:</i> <i>I – o lugar da infração;</i> <i>II – o foro de qualquer domicílio ou residência do réu;</i> <i>III – a distribuição;</i> <i>IV – a natureza da infração;</i> <i>V – a conexão e a continência;</i> <i>VI – o foro privativo.</i>
Art. 94. Ninguém será processado nem sentenciado senão pelo juiz constitucionalmente competente ao tempo do fato.	Art. 94. Ninguém será processado nem sentenciado senão pelo juiz constitucionalmente competente ao tempo do fato. <i>Parágrafo único: Deve-se compreender como juiz constitucionalmente competente aquele que não tenha atuado na causa em sede pré-processual,</i>

	<i>inclusive em produção antecipada de prova e outra medida emergencial advinda de conflito de competência.</i>
Art. 96. A atuação judicial por substituição ou por auxílio dependerá de previsão em normas de organização judiciária, observado, em qualquer caso, o critério da impessoalidade na designação.	Art. 96. A atuação judicial por substituição ou por auxílio dependerá de previsão em normas de organização judiciária, observado, em qualquer caso, <i>os princípios mantenedores da ordem democrática, mormente o da impessoalidade na designação.</i>
Art. 98. A competência, de regra, e com o objetivo de facilitar a instrução criminal, será determinada pelo lugar em que forem praticados os atos de execução da infração penal. § 5º A competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma comarca, conforme dispuserem as normas de organização judiciária, e sem prejuízo de outras formas de substituição.	Art. 98. A competência, de regra, e com o objetivo de facilitar a instrução criminal, será determinada pelo lugar em que forem praticados os atos de execução da infração penal. § 5º A competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma comarca, conforme dispuserem as normas de organização judiciária, e sem prejuízo de outras formas de substituição, <i>desde que mantidas condições de imparcialidade e impessoalidade do magistrado.</i>
Art. 100. A competência pela natureza da infração será regulada em normas de organização judiciária, sempre que justificada a necessidade de especialização do juízo, respeitadas, em qualquer hipótese, as disposições relativas às regras de competência em razão do lugar da infração.	Art. 100. <i>O artigo deve ser suprimido por flagrante inconstitucionalidade.</i>

Art. 101. Compete ao Tribunal do Júri o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, bem como das infrações continentais, decorrentes de unidade da conduta.	Art. 101. Compete ao Tribunal do Júri o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, bem como das infrações continentais, decorrentes de unidade da conduta, <i>ressalvadas as hipóteses excepcionalmente previstas.</i>
Art. 103. Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo. § 1º Se da desclassificação resultar incompetência relativa do juiz e já tiver sido iniciada a instrução, o magistrado terá prorrogada a sua jurisdição. § 3º No caso previsto no § 2º deste artigo, o acusado terá o prazo de 5 (cinco) dias para apresentar nova resposta escrita e arrolar outras testemunhas, até o máximo de 3 (três), bem como oferecer outras provas e requerer a reinquirição de testemunha já ouvida, desde que justificada a indispensabilidade de seu depoimento.	Art. 103. Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo. <i>§ 1º Suprimir o parágrafo.</i> § 3º No caso previsto no § 2º deste artigo, o acusado terá o prazo de 10 (dez) dias para apresentar nova resposta escrita e arrolar outras testemunhas, até o máximo <i>permitido pelo rito processual</i>, bem como oferecer outras provas e requerer a reinquirição de testemunha já ouvida, desde que justificada, <i>sem a necessidade de especificação meritória</i>, a indispensabilidade de seu depoimento.

Art. 108. A conexão e a continência implicarão a reunião dos processos para fins de unidade de julgamento, não abrangendo aqueles já sentenciados, caso em que as eventuais consequências jurídicas que delas resultem serão reconhecidas no juízo de execução. 26 § 1º No Tribunal do Júri, tratando-se de concurso entre crimes dolosos contra a vida e outros da competência do juiz singular, somente ocorrerá a unidade de processo e de julgamento na hipótese de continência. § 2º Nas hipóteses de conexão, a reunião dos processos cessará com a pronúncia. Nesse caso, caberá ao juiz da pronúncia ou ao juiz presidente, quando for o caso, o julgamento dos crimes que não sejam dolosos contra a vida, com base na prova produzida na fase da instrução preliminar, não se repetindo a instrução destes processos em plenário.	Art. 108. A conexão e a continência implicarão a reunião dos processos para fins de unidade de julgamento, não abrangendo aqueles já sentenciados, caso em que as eventuais consequências jurídicas que delas resultem serão reconhecidas no juízo de execução. 26 § 1º No Tribunal do Júri, tratando-se de concurso entre crimes dolosos contra a vida e outros da competência do juiz singular, somente ocorrerá a unidade de processo e de julgamento na hipótese de continência, <i>ressalvadas as exceções legais.</i> § 2º <i>Nas hipóteses de conexão, a reunião dos processos cessará com a pronúncia. Nesse caso, caberá ao juiz da pronúncia, quando for o caso, o julgamento dos crimes que não sejam dolosos contra a vida, com base na prova produzida na fase da instrução preliminar, não se repetindo a instrução destes processos em plenário.</i>
Art. 110. Será facultativa a separação dos processos quando houver um número elevado de réus, quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, ainda, por qualquer outro motivo relevante em que esteja presente o risco à efetividade da persecução penal ou ao exercício da ampla defesa.	Art. 110. Será facultativa a separação dos processos quando houver um número elevado de réus, quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, <i>dando efetividade à persecução penal, desde que não esteja presente risco ao exercício da ampla defesa.</i>

Art. 113. Tratando-se de fatos ou de processos conexos ou continentes, a competência será determinada: 27 II – no concurso de jurisdições do mesmo grau: c) firmar-se-á a competência pela antecedência na distribuição, nos demais casos;	Art. 113. Tratando-se de fatos ou de processos conexos ou continentes, a competência será determinada: 27 II – no concurso de jurisdições do mesmo grau: <i>c) firmar-se-á a competência pela antecedência na distribuição, nos demais casos, devendo ser observada o previsto no artigo 94, parágrafo único;</i>
Art. 125. As questões atinentes à competência resolver-se-ão não só pela exceção própria, como também pelo conflito positivo ou negativo de jurisdição.	<i>Art. 125. As questões atinentes à competência resolver-se-ão não só pela exceção própria, como também por conflito positivo ou negativo.</i>
Art. 128. Os juízes e os tribunais, sob a forma de representação, e o Ministério Público e a defesa, sob a de requerimento, darão parte escrita e circunstanciada do conflito perante o tribunal competente, expondo os fundamentos e juntando os documentos comprobatórios. § 2º Distribuído o feito, se o conflito for positivo, o relator poderá determinar imediatamente que se suspenda o andamento do processo.	Art. 128. Os juízes e os tribunais, sob a forma de representação, e o Ministério Público e a defesa, sob a de requerimento, darão parte escrita e circunstanciada do conflito perante o tribunal competente, expondo os fundamentos e juntando os documentos comprobatórios. <i>§ 2º Distribuído o processo, se o conflito for positivo, o relator poderá determinar imediatamente que se suspenda o seu andamento.</i>
Art. 130. Cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público. 30	Art. 130. Cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público. 30 <i>§ 3º Os membros do Ministério Público atuantes em sede pré-processual não</i>

	<i>poderão ser reconhecidos como naturais para a causa, logo, não poderão exercer direito de ação, mas, tão somente realizar suas funções inerentes à investigação, sobretudo, controle externo da atividade policial e requisição de diligências à autoridade policial.</i>
--	--

- JUSTIFICATIVAS:

Adiante se esculpem as justificativas das alterações acima propostas, as quais, relativamente às regras de determinação e modificação da competência jurisdicional constantes do Título VI da redação final do projeto de lei do Senado n.º: 156/2009, foram aprovadas pela Comissão de Direito Penal para serem apresentadas como proposta de emenda.

No Capítulo I merece atenção a necessidade de previsão normativa explicativa do que se chamou “*juiz constitucionalmente competente*”, posta a importância do asseguramento da imparcialidade jurisdicional. Assim, fez-se cogente a ampliação de alguns dispositivos legais, os quais visam integrar e direcionar o texto do PLS aos mandamentos Constitucionais.

Além disso, vale salientar que a previsão do artigo 69 do Código Processual Penal traduz importante conteúdo legal explicativo/complementar, o qual poderia ter sido mantido no PLS, posta a identificação, *prima face*, do rol dos critérios de determinação da competência jurisdicional. Tal manutenção é perfeitamente cabível sob a forma de parágrafo único a ser inserido no artigo 93.

O Capítulo II trata da competência territorial e foi subdividido em quatro seções. Na Seção I, o Projeto de Lei do Senado inova as regras de determinação da competência, segundo o legislador, objetivando facilitar a instrução criminal. Destarte, o artigo 98 possui a seguinte previsão: “*A competência, de regra, e com o objetivo de facilitar a instrução criminal, será determinada pelo lugar em que forem praticados os atos de execução da infração penal*”.

A epigrafada presciência se esculpe na *teoria da atividade*, a qual não se adota no artigo 70 do CPP, que identifica o local da consumação como *locus commissi delicti*.

A despeito da redação legal, a facilitação da instrução não será operada no concernente à prova e à própria audiência de instrução e julgamento, pois, havendo diversos atos executórios do delito, certamente, a determinação da competência jurisdicional restará confusa e, provavelmente, conflituosa.

Portanto, mais bem racional é a regra antiga, que dispõe ser a competência determinada pelo lugar da consumação do crime, a qual se previu no PLS como critério subsidiário de determinação, conforme o § 1º do artigo 98.

Inovou, ainda, aduzindo que nos casos em que não for conhecido o local da consumação, a ação poderá ser proposta no foro de qualquer domicílio ou residência do réu e no § 2º, ao firmar que se os atos de execução forem praticados fora do território nacional, a competência será fixada pelo local da consumação ou onde deveria ser produzido o resultado.

O § 3º do artigo 98, no caso de infração permanente ou de infração continuada, praticada em mais de um lugar, define que será competente o juiz sob cuja jurisdição tiver cessada a permanência ou a continuidade delitiva. Esse dispositivo atendeu à anterior manifestação de melhor elaboração textual da Doutora Kátia Tavares, pois *“reunirá os atos processuais em torno de um único magistrado, acelerando o andamento do processo, garantindo a economicidade processual”*.

Importantíssima previsão do texto final do PLS se apresenta firmada no § 5º do artigo 98, o qual versa: *“A competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma comarca, conforme dispuserem as normas de organização judiciária, e sem prejuízo de outras formas de substituição”*. Isto porque, mantém, a despeito das manifestações da AJUF e do MPF, a existência de sujeito processual tão importante.

Na Seção II, por sua vez, o legislador previu, literalmente, a necessidade de precedente distribuição em circunscrições judiciárias nas quais houver mais de um juiz igualmente competente.

O artigo 100, Seção III, do projeto de Código de Processo Penal traz a previsão de criação de Varas Especializadas pela *“natureza da infração”* cuja regulação se *“dará por normas de organização judiciária”*. Trata-se da especialização das Varas Criminais em relação à matéria, a qual tem caráter de competência absoluta (varas de crimes de lavagem de dinheiro ou de crimes financeiros, as quais já estavam previstas em razão de Resoluções nº 314 de 2003 do Conselho da Justiça federal e Resolução nº 517 de junho de 2006).

Tal dispositivo é uma tentativa de “corrigir” a flagrante inconstitucionalidade formal no que toca o regular processo legislativo, uma vez que, a teor do artigo 96, inciso I, “d”, da Constituição da República, compete ao Tribunais apenas *“propor a criação de novas varas judiciárias”* e não simplesmente criá-las, como tem sido feito até o presente momento.

No entanto, tal dispositivo também padece de inconstitucionalidade substancial, pois que tais varas especializadas violam os princípios do Juízo Natural para a Causa e da Imparcialidade, pilares de um Estado Democrático de Direito. O princípio do Juízo Natural, dentre outros significados, traz o da vedação de órgão jurisdicionado especialmente escolhido para conhecer e decidir sobre determinada causa, atingindo desta forma a garantia constitucional ao permitir que leis de organização judiciária e regimentos internos de Tribunais modifiquem substancialmente regras de competência, deixando a competência jurisdicional, matéria constitucional, ao sabor de políticas internas.

Desta forma, dever-se-á retirar o artigo 100 do Projeto em questão.

Ainda na Seção III, o PLS dispõe no seu artigo 101 que: *“Compete ao Tribunal do Júri o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, bem como das infrações continentes, decorrentes de unidade da conduta”*. Combinado com os parágrafos 1º e 2º do artigo 108, o legislador instituiu a prorrogação de competência do juiz singular para as hipóteses de conexão, fato que gerará a interrupção da unidade de processo e julgamento estatuída como regra para a continência, inovação.

No artigo 103, parágrafo 1º, deve-se considerar que não existe lógica em prorrogação da competência jurisdicional em fase inicial de instrução, haja vista o princípio da naturalidade para a causa e sua importância instrumental-assecuratória.

Ainda no supra-analisado artigo, o parágrafo 3º diz que: *“No caso previsto no § 2º deste artigo, o acusado terá o prazo de 5 (cinco) dias para apresentar nova resposta escrita e arrolar*

outras testemunhas, até o máximo de 3 (três), bem como oferecer outras provas e requerer a reinquirição de testemunha já ouvida, desde que justificada a indispensabilidade de seu depoimento". O parágrafo sob análise cria hipótese de flagrante violação da ampla defesa, posta a redução, em caso de remessa dos autos ao juízo competente, do prazo legal para apresentação da resposta escrita, inadmissível. Por outro lado, restringe a 3 (três) o número de testemunhas a serem arroladas. Além disso, impõe à defesa a necessidade de justificar o pedido de nova oitiva, sem aduzir à forma, o que pode gerar mecanismo de antecipação da tese defensiva.

No artigo 108, parágrafo 2º, deve-se sublinhar que a previsão da possibilidade do juiz presidente julgar, em alternatividade ao juiz da pronúncia, permite a mitigação dos princípios da identidade física do juiz e da imediação da prova, causando inevitável dano cognitivo relativo à instrução preliminar, logo, não se pode conjecturar tal possibilidade e deve ser extinta a prescrição.

O artigo 110 trata de decisão de separação facultativa dos processos introduzida para preservar a garantia constitucional do devido processo legal, intimamente interpretado com base no princípio da ampla defesa, do contraditório, dando efetividade à persecução penal. Ocorre que a redação deste dispositivo se apresenta vaga e confusa, porquanto estabeleça a faculdade da separação dos processos: *"por qualquer outro motivo relevante em que esteja presente o risco à efetividade da persecução penal ou ao exercício da ampla defesa"*.

Da forma como está redigido, ficará ao talante do julgador a interpretação da norma, podendo haver restrição ao exercício da ampla defesa. Por isso, sugere-se a alteração do texto do referido dispositivo a fim de preservar a garantia constitucional da ampla defesa.

Por derradeiro, no Capítulo VI, o legislador previu regra geral de solução dos conflitos de atribuições entre órgãos do Ministério Público, destarte, deveria ter disciplinado a impossibilidade dos membros do Ministério Público atuantes na persecução pré-processual serem reconhecidos como naturais para a causa, posta a *mens legis* da regência principiológica: assegurar que a dedução de pretensão em juízo ocorra desvinculada de afã persecutório-punitivo. Nessa linha, propõe-se a inserção de um terceiro parágrafo ao artigo 130.

Membro do IAB

“O Meio Ambiente Artificial (Urbano): Elementos comuns para um diálogo coordenado entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico”.

Por Frederico Price Grechi

1. Introdução.

O presente artigo versa sobre o Meio Ambiente Artificial, também denominado de Meio Ambiente Urbano¹. Inicialmente, faremos uma breve digressão sobre o Direito Ambiental e o Direito Urbanismo no âmbito da Constituição da República Federal de 1988 (“CRF”) e, posteriormente, estabeleceremos a conexão entre as suas disciplinas, a qual foi levada indubitavelmente a efeito no plano legislativo pelo Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001).

Em seguida, serão identificados os elementos (princípios) que possibilitarão as adequadas conexões entre o Meio Ambiente (CRF de 1988, Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VI – Do Meio Ambiente, art. 225) e da Política Urbana (CRF, Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo II – Da Política Urbana, arts. 182 a 183).

A partir dos elementos de conexão identificados, proporemos, então, a sua harmonização sob o prisma sistemático² para extrair-lhes o máximo possível de efetividade, tanto de sua interpretação como de sua aplicação.

¹ Confira-se, por todos, ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 309.

² Empregaremos o princípio da unidade da Constituição que é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas jurídicas, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302.

2. O Direito Ambiental na Constituição de 1988.

A Constituição da República Federal de 1988 ("CRF") dedicou o Capítulo VI do Meio Ambiente, do Título VIII – Da Ordem Social. Foi a primeira Constituição a sistematizar a questão do meio ambiente, contendo diversas referências explícitas e implícitas em toda a sua extensão¹.

O art. 225 da CRF assegura que *"todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"*.

Quanto aos aspectos do meio ambiente, José Afonso da Silva² identifica três abordagens:

"(a) meio ambiente artificial – constituída pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto); (b) meio ambiente cultural – integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural), pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; (c) meio ambiente natural ou físico – constituído pelo solo, água, ar atmosférico, flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam".

Outros autores¹ estabelecem, para fins didáticos, quatro abordagens do meio ambiente: natural, cultural, artificial e do trabalho². O meio ambiente do trabalho tem enfoque na

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1403: *"Esse pionerismo fez dela um documento essencialmente ambientalista. A pesquisa atenta de seu articulado revela preceitos e princípios, expressos e implícitos, que se aplicam aos assuntos ambientais. São disposições espraiadas no Texto Maior, que permeiam toda a sua estrutura. Para ilustrar, podem ser citadas as seguintes referências explícitas ao meio ambiente, além dos preceptivos integrantes do capítulo em estudo: arts. 5º, LXXII, 7º XXII, 20, 23, 24, 91, §1º, III, 129, III, 170, VI, 173, §3º, 186, II, 200, VIII, 216, V, 220, §3º, II, 231, §1º. Também exsurtem indicações implícitas, as quais, de modo indireto, impregnam a matéria ambiental: arts. 20, III, V, VI, VII, IX, X, 21, XIX, XX, XXIII, XXIV, XXV, 22, IV, XII, XXVI, 23, III, IV, 24, II, VII, 26, I, 30, IX, 196 a 200"*.

² *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 831.

segurança da pessoa humana no local de trabalho, cujo conceito envolve saúde, prevenção de acidentes, dignidade da pessoa humana, salubridade e condições de exercício saudável do trabalho³.

Há, ainda, autores⁴ que acrescentam uma quinta abordagem do meio ambiente; trata-se do meio ambiente genético entendido como o conjunto de seres vivos, todos, incluindo os homens, os animais, os vegetais, os microorganismos, que constituem a biodiversidade do planeta.

Destarte, verifica-se a existência de consenso doutrinário acerca da abordagem do meio ambiente artificial ou urbano.

¹ TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Direito Ambiental*. 3ª ed., Salvador: Podivm, 2008, p. 31-36: "Aqui, no meio ambiente natural, talvez reside o mais comum elemento de identificação com a natureza, por se tratar diretamente com flora e fauna. O meio ambiente natural envolve, além de flora e fauna, atmosfera, água, solo, subsolo, os elementos da biosfera, bem como os recursos minerais. Enfim, toda forma de vida é considerada integrante do meio ambiente, em suas diversas manifestações. (...) Como se disse, a divisão do meio ambiente pressupõe a existência também de um meio ambiente cultural. É dizer, não somente a natureza *stricto sensu* está protegida pela legislação, mas também o patrimônio cultural brasileiro, como os elementos referentes à formação dos grupos nacionais de expressão, criações artísticas, tecnológicas, obras, objetos, documentos, edificações em sentido amplo, conjunto urbanos, paisagísticos, arqueológicos, paleontológicos, ecológicos e científicos. Merecem encaixa, nesse contexto cultural, atividades como a música, as religiões, a literatura, o teatro, a dança, entre tantas outras manifestações culturais existentes. (...) Já o meio ambiente artificial representa o direito ao bem estar relacionado às cidades sustentáveis e aos objetivos da política urbana, como insculpido na Constituição Federal".

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. Cit.*, p. 1403: "Nos dispositivos constitucionais seguintes, a matéria ambiental espalhar-se-á em quatro campos distintos, porém complementares, a saber: 1º) campo natural ou físico – abrange a terra, a água, o ar atmosférico, a flora e a fauna; 2º) campo cultural – alberga o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, arqueológico e turístico; 3º) campo artificial – engloba o espaço urbano construído, quer através de edificações, quer por intermédio dos equipamentos públicos; 4º) campo laboral – formado pelo meio ambiente do trabalho, que visa primar pela vida, pela dignidade, sendo contrário à periculosidade e à desarmonia do homem".

³ TRENNEPOHL, Terence Dornelles, *Op. Cit.*, p. 35. CRF, "Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos".

⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 23-26.

3. Direito Urbanístico na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 também foi pioneira ao consagrar um capítulo destinado à urbana, pois as constituições anteriores não regulamentaram a matéria.

O Direito Urbanístico brasileiro recebeu tratamento como disciplina jurídica pelo legislador constituinte no art. 24 da CRF de 1988, ao conferir expressamente à União competência legislativa para editar suas normas gerais (inciso I, c/c o §1º), deixando aos Estados a competência suplementar (§2º), existente também em favor dos Municípios (art. 30, II)¹.

Ainda em matéria urbanística, segundo José Afonso da Silva², o constituinte reservou vários dispositivos sobre diretrizes do desenvolvimento urbano (arts. 21, XX, e 182), sobre preservação ambiental (arts. 23, III, IV, VI e VII; e 225), sobre planos urbanísticos (arts. 21, XI; 30, VIII; e 182) e sobre a função urbanística da propriedade urbana.

A “política constitucional urbana” (CRF, Capítulo II – Da Política Urbana - arts. 182 a 183) tem por escopo garantir o bem-estar social e a sadia qualidade de vida dos habitantes da *urbs*, de modo a lhes atender às necessidades mínimas inerentes à dignidade da pessoa humana.

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2ª ed. Coordenadores DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48. Não obstante, adverte o referido autor: “Só que o mero *statutus constitucional*, embora importante, não contribui muito para resolver o dilema existencial de todo ramo jurídico – o de seu critério diferenciador. Decidir se um *tem*, instrumento ou norma deve ser enquadrado no direito urbanístico, no direito civil ou no direito local pode ser um desafio insuperável, tendo como reflexo a indefinição quanto ao titular da competência legislativa (se o direito em causa for urbanístico, a União só fará normas gerais; se for o civil, terá toda a competência normativa; se a matéria for estritamente local, competente será exclusivamente o Município). Desse modo, continua sendo útil debater a respeito da identidade – e, portanto, da autonomia – do direito urbanístico, pois disso depende a solução, quando menos, de muitas dúvidas relativas à competência. Nesse contexto, têm grande relevância as normas, também constitucionais, tratando dos objetivos e instrumentos da política urbana”.

² *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 57.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos¹, “política urbana é o conjunto de providências que objetivam ordenar os espaços habitáveis, organizando todas as áreas em que o ser humano exerce funções sociais indispensáveis à sua sobrevivência, habitação, trabalho, recreação (lazer) e circulação. Visa, a um só tempo, proporcionar melhoria das condições de vida do homem na comunidade”.

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho² define política urbana como:

“o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em cooperação com o setor privado, necessárias à constituição, preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística em prol do bem-estar das comunidades. (...) Por fim, não poderia deixar de estar contido no conceito de bem-estar das comunidades, visto que toda a política urbana tem como direção, afinal, o atendimento ao interesse público. (...) Com efeito, o mandamento constitucional refere-se ao objetivo de garantir o bem-estar dos habitantes da cidade, além do concernente ao desenvolvimento das funções sociais da cidade. (...) Analisando o texto constitucional, pode-se muito bem considerar que, a rigor, o objetivo de garantir o bem-estar dos habitantes da cidade já está contido no desenvolvimento das funções sociais da cidade. Desenvolver as funções sociais de uma cidade representa implementar uma série de ações e programas que tenham por alvo a evolução dos vários setores de que se compõe uma comunidade, dentre eles os pertinentes ao comércio, à indústria, à prestação de serviços, à assistência médica, à educação, ao ensino, ao transporte, à habitação, ao lazer e, enfim, todos os subsistemas que sirvam para satisfazer as demandas coletivas e individuais. Ora, esse desenvolvimento social, que lato sensu inclui também o desenvolvimento econômico, não tem outra finalidade senão a de, em última instância, proporcionar e garantir o bem-estar dos habitantes. Não se podendo identificar dois objetivos diversos, deve interpretar-se o art. 182 da CF como resultante da ênfase que o Constituinte quis dispensar à satisfação que os habitantes da cidade devem merecer, mas que se possa deixar claro que o desenvolvimento social já produz necessariamente a garantia de bem-estar da coletividade”.

4. Meio Ambiente Artificial (Urbano): Diálogo entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico.

Embora o constituinte de 1988 tenha dispensado tratamento específico às matérias Ambiental e Urbanística, disciplinando-as, sob o aspecto topológico, cada qual em diferentes

¹ *Op. Cit.*, p. 1283.

² *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12-14.

Títulos - o Meio Ambiente (CRF de 1988, Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VI – Do Meio Ambiente, art. 225) e da Política Urbana (Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo II – Da Política Urbana), é preciso compreendê-las de modo conciliatório, como já assinalado anteriormente por Paulo Affonso Leme Machado¹, que bem sublinhou esse inter-relacionamento:

“Conciliar o desenvolvimento de nossas cidades, sua expansão demográfica, sua trajetória econômica, com hábitos saudáveis de vida, em ambiente puro e agradável, esse o desafio do momento presente. (...) O direito urbanístico preocupa-se com o desenvolvimento da cidade, para assegurar, através do emprego de todos os recursos técnicos disponíveis, vida condigna para toda a população. Não trata somente de melhoramento viário e higiênico, como em outros tempos. A legislação urbanística deve cogitar das exigências globais da comunidade, procurando impedir a criação de áreas de sub-habitação”.

O Direito Urbanístico é compreendido modernamente numa abordagem mais ampla do que apenas o seu aspecto quantitativo relacionado à ordenação do solo urbano nas cidades para contemplar o aspecto qualitativo atinente à qualidade do meio ambiente².

O Urbanismo é colocado como espécie do gênero direito ecológico por Diogo de Figueiredo Moreira Neto³:

“Se a Ecologia é gênero do qual o urbanismo é espécie, a dimensão social do problema ecológico levar-nos-á, pelos mesmos motivos, à formulação de seu disciplinamento em termos jurídicos, ou seja, à fronteira interdisciplinar entre a Ecologia e o Direito – o Direito Ecológico, no qual se insere, na fronteira entre o Urbanismo e o Direito, o Direito Urbanístico”.

¹ *Urbanismo e Poluição – Aspectos Jurídicos*, In Revista dos Tribunais, volume 469: São Paulo: R.T., 1975, p. 34.

² MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 3ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 70: “Neste momento, nunca é demais chamar a atenção para o fato de que o urbanismo, especialmente em países mais adiantados se ocupa não mais do arranjo físico territorial das cidades, mas abrange, quantitativamente, um espaço maior (o território todo, englobando o meio rural e o meio urbano), e, qualitativamente, todos os aspectos relativos à qualidade do meio ambiente, que há de ser o mais saudável possível. Não é sem razão, portanto, que no campo do direito um autor já consagrado, Louis JACQUIGNON (*Le Droit de L’Urbanisme*, 5ª ed., Paris, Eyrolles, 1973, p. 2), definiu o direito do urbanismo como disciplina que visa também à proteção do meio ambiente: ‘arte de arranjar as cidades sob aspectos demográficos, econômicos, estéticos e culturais, tendo em vista o bem do ser humano e a proteção do meio ambiente’”.

³ *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 54.

Nesse sentido, Toshio Mukai¹ preconiza que o direito urbanístico não pode ser divorciado do direito ambiental, posto que dele é espécie:

“Portanto é do âmbito de preocupação de abrangência do direito urbanístico o disciplinar, convenientemente, visando um ambiente sadio, todas as ações humanas relacionadas com o uso do solo. Assim, exemplificativamente, a legislação que cuida do zoneamento industrial visa, através da disciplina do uso do solo, evitar ou minimizar a poluição atmosférica em doses anormais; a legislação de proteção aos mananciais visa, através de restrições profundas ao uso do solo, manter as fontes de alimentação da água potável para as cidades; e, a legislação de zoneamento e parcelamento do solo, contém, normalmente, dispositivos que visam, de um lado, a segregação de atividades que seriam, por natureza, prejudiciais, se indiscriminadamente misturadas em determinadas zonas (p. ex.: atividade industrial ao lado de residências), e de outro, a densificação através de loteamentos, em áreas que por seu interesse especial e ecológico devam ser preservadas da urbanização intensiva. São alguns poucos exemplos que demonstram a íntima ligação existente entre o urbanismo e o meio ambiente”.

Os espaços urbanos (cidades) são frutos das adaptações do Meio Ambiente Natural às necessidades do homem. Surge, então, o Meio Ambiente Artificial (Urbano) que, segundo Elida Séguin², consiste no ambiente natural modificado para o atendimento das necessidades básicas do homem.

¹ *Op. Cit.*, p. 71.

² *Estatuto da Cidade*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9: “O homem aprisiona um espaço, apossa-se dele, tenta recriá-lo a sua imagem e semelhança, porém, termina arriscando-se, por sua ganância de poder, a sucumbir na teia que teceu. Modifica o ambiente natural para que o mesmo atenda as necessidades básicas, mas as alterações que processa terminam voltando-se contra o criador: (...) A história das cidades começa quando o homem pré-histórico apossa-se do interior das cavernas para fugir da imensidão dos espaços abertos, protegendo-se das intempéries e das feras. Destas adaptações da Natureza às necessidades humanas surge o Meio Ambiente Construído ou Artificial onde as relações sociais se desenvolvem. Posteriormente, quando ocorre a positivação das relações oriundas do convívio em assentamentos humanos, está-se diante do Direito Urbanístico. Em termos ambientais, os espaços construídos são dependentes de energias e recursos naturais externos, pressionados para a adoção de um modelo de auto-sustentabilidade de difícil consecução, na prática, se divorciado da participação popular na gestão dos problemas e da luz da Ética Ambiental”.

Portanto, o diálogo entre o Meio Ambiente e a Cidade principia-se na pessoa humana e a sua relação com o meio ambiente natural num espaço urbano de construção e desenvolvimento social, como observa Vinicius Scarpi¹:

“Pensar a natureza e o meio ambiente, tendo como foco o homem, é pensar o espaço onde esse homem se realiza e constrói sua vida com dignidade: a cidade. Logo, pensar o urbano é pensar o meio ambiente do homem e, também, as formas de realização da dignidade humana em um espaço de construção social. Pensar a cidade, então, é pensar o meio ambiente de realização do homem social e cuidar da cidade é cuidar do meio ambiente construído por esse homem. Nesse ponto, o Direito Ambiental se liga ao planejamento urbano, na medida em que pensam o urbano como meio ambiente a ser protegido e desenvolvido. Entre espaço e o homem, repita-se, há um processo de mútua constituição e por isso o planejamento urbano pode desempenhar papel fundamental na construção não apenas do espaço, mas também na construção desse homem social que atua sobre esse meio ambiente e é por ele construído”.

4.1. Diálogo Legislativo entre a Política Urbana e o Meio Ambiente: Estatuto da Cidade Meio Ambiente Artificial (Urbano).

Na execução da política urbana, prevista nos arts. 182 e 183 da Constituição, cumpre ao Poder Público Municipal observar o Estatuto da Cidade, promulgado pela Lei nº. 10.257, de julho de 2001, que estabeleceu as normas gerais de ordem pública e interesse social² que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (art. 1º, parágrafo único). Sobre o conceito de

¹ *Meio ambiente construído: espaço, planejamento urbano e democracia*. In Função Social do Direito Ambiental. Coordenador Mauricio Mota. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 287.

² Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Op. Cit.*, p. 38-40, esclarece que “as normas de ordem pública e interesse social, que passam a regular o uso da propriedade nas cidades, deixam de ter caráter única e exclusivamente individual, assumindo valores metaindividuais na medida em que o uso da propriedade, em decorrência do que determina o art. 1º, parágrafo único, do Estatuto da Cidade, passa a ser regulado em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como o equilíbrio ambiental” Prossegue: “A partir do Estatuto da Cidade o uso da propriedade só pode ser entendido à luz do que estabelecem os incisos III e IV do art. 1º da CF (dignidade da pessoa humana em face da ordem jurídica do capitalismo”. E conclui: “O equilíbrio ambiental define efetivamente a diferença entre o direito pretérito (antes da Constituição Federal de 1988) e o direito atual. O uso da propriedade está condicionado ao meio ambiente cultural, ao meio ambiente do trabalho e ao meio ambiente natural, da mesma maneira que, diretamente, por força do Estatuto da Cidade, ao meio ambiente artificial, fundamento direto da presente lei. Cabe ainda estabelecer que as normas do Estatuto da Cidade são de ordem pública, de maneira que o magistrado deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações jurídicas disciplinadas na Lei 10.257/2001, já que não incide nessa matéria o princípio dispositivo”.

normas gerais, leciona Luís Roberto Barroso¹ “*deve a União limitar-se a estabelecer normas gerais, conceito sujeito a elevado grau de indeterminação. É certo, todavia, que tem sido considerada norma geral aquela que tem por objeto princípios e questões fundamentais, tratados em termos esquemáticos, não sendo próprio a norma dessa natureza cuidar de pormenores ou esgotar o tema que está sendo versado*”.

O Estatuto da Cidade é um dos pilares do Direito Urbanístico², que contém relevantes instrumentos para implantação das funções sociais do meio ambiente artificial (arts. 182 e 225 da CRF), da propriedade urbana (art. 5º, XXII, da CRF) e do desenvolvimento econômico e sustentável (arts. 170, 182 e 225 da CRF), que tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade³.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Cidade inaugurou o diálogo legislativo entre o Ambiental e o Urbanismo, estabelecendo que política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante, entre outras, as seguintes diretrizes gerais relacionadas diretamente ao meio ambiente: (i) garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (ii) planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob a sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; (iii) ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: poluição e degradação ambiental; (iv) adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; (v) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; (vi) audiência do Poder Público Municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimento ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da

¹ *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

² LIRA, Ricardo Pereira. *Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária*. In: *Direito da Cidade*. Novas Concepções sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 6-7: “*Esse diploma está profundamente penetrado pela função social da propriedade, sendo fundamental a consideração desse princípio para efetividade dele*”.

³ LIRA, Ricardo Pereira, *Op. Cit.*, p. 4.

população; (vii) regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Nesse passo, o Estatuto da Cidade também prevê, em rol exemplificativo, instrumentos da política urbana com imediata abordagem ambiental: (i) planejamento municipal, em especial, plano diretor¹ e zoneamento ambiental; (ii) institutos jurídicos e políticos: instituição de unidades de conservação, operações urbanas consorciadas² e transferência do direito de construir³; (iii) estudo prévio de impacto ambiental (EIA)⁴.

O equilíbrio ambiental, expressamente contemplado no âmbito do Estatuto da Cidade (art. 1º, parágrafo único), deve ser perseguido para uma boa gestão da cidade, segundo Paulo de Bessa Antunes⁵:

“O Estatuto da Cidade é uma norma jurídica que veio estabelecer os princípios gerais a serem adotados para a boa gestão da vida urbana. (...) É evidente, contudo, que gerir cidades é produzir impactos sobre o meio ambiente – positivos e negativos”.

5. Meio Ambiente Artificial (Urbano): os elementos de conexão entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico.

¹ Estatuto da Cidade, art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: (...) V- inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

² Estatuto da Cidade, art. 32. §1º. Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

³ Estatuto da Cidade, art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de: II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural.

⁴ Estatuto da Cidade, art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

⁵ *Op. Cit.*, p. 321.

Estabelecida a conexão entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico, tanto sob o aspecto doutrinário como sob o prisma da legislação vigente (Estatuto da Cidade), identificaremos, em seguida, os seus elementos de conexão existentes nas 3 (três) categorias normas constitucionais – (a) normas constitucionais de organização; (b) normas constitucionais definidoras de direitos; (c) normas constitucionais programáticas-, assim delineadas por Luís Roberto Barroso¹:

“As normas constitucionais de organização têm por objeto estruturas e disciplinar o exercício do poder político. Elas se dirigem, na generalidade dos casos, aos próprios Poderes do Estado e a seus agentes. Incluem-se dentre as normas constitucionais de organização aquelas que: (i) veiculam decisões políticas fundamentais, como a forma de governo, a forma de Estado e o regime político, a divisão orgânica do poder ou o sistema de governo; (ii) definem as competências dos órgãos constitucionais e das entidades estatais; (iii) criam órgãos públicos, autorizam sua criação, traçam regras à sua composição e ao seu funcionamento; e (iv) estabelecem normas processuais ou procedimentais de revisão da própria Constituição, de defesa da Constituição, de elaboração legislativa, de fiscalização.

As normas constitucionais definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados. Embora existam dissensões doutrinárias relevantes, sutilezas semânticas variadas e, por vezes, certa impropriedade na linguagem constitucional, é possível agrupar os direitos subjetivos constitucionais em quatro grandes grupos, compreendendo os: (i) direitos individuais; (ii) direitos políticos; (iii) direitos sociais; (iv) direitos difusos.

As normas constitucionais programáticas traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quais atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa. São dessa categoria as regras que preconizam a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218), dentre outras. Modernamente, já se sustenta a operatividade positiva de tais normas, no caso de repercutirem sobre direitos materialmente fundamentais, como por exemplo os que se referem ao mínimo existencial”.

¹ *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 200-202.

São os princípios constitucionais, espécie do gênero norma jurídica¹, que possuem função de conexão entre os valores que passam do plano ético para o mundo jurídico, de modo que, segundo Luís Roberto Barroso², *"irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito"*.

Segundo a lição da Karl Larenz³, os princípios podem ser distinguidos em diferentes graus de concretização. Em sua gradação mais elevada, traduzem uma idéia geral, pela qual se orienta a concretização posterior como por um fio condutor. Os princípios constitucionais atuam na conexão (interligação) do sistema constitucional.

5.1. As normas constitucionais definidoras de direito: o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor axiológico central do sistema constitucional.

A Carta de 1998 trouxe uma nova realidade da dogmática constitucional, o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo⁴, consagrando a dignidade da pessoa humana como o primeiro dos direitos fundamentais (artigo 1º, III, da CF).

¹ As regras também se inserem como espécie do gênero norma jurídica, conforme BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 203. Em sentido semelhante dispensando tratamento aos princípios e as regras como espécies do gênero norma jurídica (de primeiro grau), confira-se ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79: "A essa altura, pode-se concluir, apresentando um conceito de regras e um de princípios. As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção".

² *Op. Cit.*, p. 203-204.

³ *Metodologia da ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gullbenkian, 1997, p. 674.

⁴ MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Aparentamentos acerca do neoconstitucionalismo*. In Revista de Direito do Estado, nº 5, janeiro/março, 2007, p. 244-245: "Estas transformações impuseram à nossa dogmática constitucional a necessidade de elaboração de uma nova referência: o pós-positivismo, situando assim o pensamento jurídico contemporâneo para além da estiolada querela jusnaturalismo versus positivismo jurídico. (...) Eis que esta nova realidade jurídico-constitucional que ensejou o surgimento da categoria da categoria pós-positivista em nosso âmbito cultural vem sendo denominada nas doutrinas espanhola e italiana neoconstitucionalismo".

A sua posição topológica no texto da Carta Constitucional revela, a um só tempo, o seu superior *status* principiológico, como alicerce central dos objetivos a serem implantados pelo Estado, e a sua função de vetor axiológico.

Ressaltando a dignidade da pessoa humana como o princípio fundamental e o valor supremo de alicerce do nosso ordenamento jurídico, assevera Maria Celina Bodin de Moraes ¹ “... a Constituição democrática de 1988 explicitou, no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos ‘fundamentos da República’. A dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”.

Como se vê, o legislador constituinte privilegiou, *prima facie*, os valores não-patrimoniais para os quais se devem voltar às situações jurídicas patrimoniais². Nesse aspecto, pontifica Pietro Perlingieri³ que “*não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas*”.

5.1.1. O vetor central da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade e os direitos transindividuais sociais do Meio Ambiente Urbano.

Em vista desse novel cenário metodológico da constitucionalização dos diversos ramos dos direitos – em especial o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico, e os direitos transindividuais a ele relacionados-, deve-se atentar para o vetor axiológico da dignidade da pessoa humana como núcleo central de um sistema composto por um feixe de interesses e direitos sociais, em rol exemplificativo, como a moradia, educação, trabalho, saúde, serviços e transportes públicos, patrimônio cultural, meio-ambiente natural etc.

¹ O Princípio da Dignidade Humana. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

² TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

³ Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 156.

Acerca dos direitos sociais, notadamente a moradia e o lazer, Regis Fernandes de Oliveira¹ registra que *"a Constituição, já em seu preâmbulo, estabelece que o Estado democrático é destinado a garantir 'a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos'"*.

Nesse mesmo sentido, observa Márcio Cammarosano que se *"não se proporcionam condições de moradia decadente ao trabalhador e à sua família desrespeita-se a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III) e se deixa de prestigiar o art. 3º, III, da Constituição, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"* ².

A chamada crise da dicotomia rígida entre o direito público e o direito privado gerada por essa constitucionalização encontra a sua solução no postulado da dignidade da pessoa que se apresenta num ponto de confluência de interesses públicos e de interesses privados, de direitos transindividuais e direitos individuais. Deveras, é impositiva a releitura da *summa divisio* público-privado³, e, por via de consequência, dos inúmeros institutos jurídicos, como a propriedade urbana ⁴ e a sua inserção na cidade, que é disciplinada tanto pelo Direito Ambiental como Direito Urbanístico, cujo conteúdo, com evidente função pública, pressupõe interesses e fins coletivos e atuação do Poder Público por meio de normas positivas, negativas e permissivas.

A este respeito, Elida Séguin⁵ assim as define e traz os seguintes exemplos: *"positivas, que forcem o particular a fazer determinada coisa, v.g., a obrigatoriedade do proprietário do terreno urbano não construído de mantê-lo cercado e capinado; negativas, que impedem o*

¹ *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2ª ed. São Paulo: R.T., 2005, p. 14.

² *Fundamentos constitucionais do Estado da Cidade*. In: Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 2ª ed. Coordenadores DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 24.

³ GIORGIANNI, Michelli. *Direito Privado e as suas atuais fronteiras*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 747, jan. 1998, p. 55. NEGREIROS, Teresa. *Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios*. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 340 e 372.

⁴ Acerca da releitura da propriedade urbana imóvel, consulte-se, por todos, TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Instrumentos Urbanísticos e a Propriedade Urbana Imóvel*. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. TEPEDINO, Gustavo. Coord. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 467-473.

⁵ *Estatuto da Cidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35.

particular de fazer algo, v.g., a proibição de construir de maneira que tape a visão do prédio tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico-Artístico nacional (IPHAN); e permissiva, que deixa fazer, como a norma instituída no art. 572 do Código Civil de 1916 que permitia o proprietário levantar em seu terreno as construções que lhe aprouvesse, salvo o direito de vizinho e os regulamentos administrativos". O conceito do direito de propriedade foi alterado pelo art. 1.228 do Código Civil em vigor, que é reconhecido, "como qualidade intrínseca, uma função social, fundada e justificada precisamente pelo princípio da destinação universal dos bens"¹.

No âmbito do Estatuto da Cidade, que estabelece um diálogo legislativo entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico, Elida Séguin² discorre sobre os seguintes direitos transindividuais sociais que podem ser reconduzidos ao Meio Ambiente Artificial (Urbano):

"O Estatuto da Cidade busca criar uma política e uma consciência popular para a sustentabilidade das cidades, garantindo o direito à terra urbana, à moradia (art. 6º da CF), ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, enfim, à dignidade humana. Desta inter-relação tem-se que o Direito Ambiental, como conjunto de regras, princípios e políticas públicas que busca a harmonização do homem com o Meio Ambiente, engloba aspectos naturais, culturais, artificiais e do trabalho que possuem regulamentação própria, com institutos diferentes, apesar de complementares. Novas acepções da palavra Meio Ambiente, como o Meio Ambiente Natural, o Cultural, o do Trabalho e o Construído, repercutem nas relações que envolvem Direitos Humanos e Direito Econômico. É sabido que essa tipologia tem assento constitucional, mas em topografia diferenciada. 1. natural (artigo 225); 2. construído ou artificial (artigos 182 e 183); 3. cultural (artigos 215 e 216); e 4. do trabalho (artigos 6º e 200)"³.

¹ MOTA, Maurício. *Questões de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 589: "Portanto, o direito de propriedade não é um absoluto formal, mas só se justifica se a ele é dado um uso social e na medida dessa justificação, mormente naquela classe de bens que não se destina primordialmente ao mercado, como é o caso da terra".

² *Estatuto da Cidade*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10.

³ Confira-se, ainda, MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 31: "Como o urbanismo, hoje, tem seus objetivos ampliados para alcançar não só as quatro funções do homem (habitação, trabalho, recreação e circulação) mas também a sua melhor qualidade de vida no contexto urbano, embora seu conceito técnico não esteja ainda consolidado definitivamente, é certo que trata ele da disciplina físico-social dos espaços habitáveis, podendo ser concebido, num sentido amplo, como arte e técnica social destinadas a promover a adequação dos espaços físicos às necessidades de habitação e exercício das outras funções humanas".

Portanto, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana concretiza-se através, entre outros, do princípio da solidariedade¹, que, por sua vez, constitui o fundamento dos direitos transindividuais sociais, os quais propiciam a qualidade de vida² e ao desenvolvimento sustentável das atividades econômicas, nos termos dos postulados (diretrizes) do Estatuto da Cidade³.

5.2. As normas constitucionais de organização definidoras de competências dos órgãos constitucionais: princípio da subsidiariedade.

Em razão dos relevantes direitos transindividuais sociais do meio ambiente artificial (urbano), que gravitam em torno da *urbs* (moradia, educação, trabalho, saúde, serviços e transportes públicos, patrimônio cultural, meio-ambiente natural, etc.) e asseguram as condições mínimas necessárias à tutela da dignidade da pessoa humana, por certo é imperioso compreender a política nacional de desenvolvimento urbano de maneira a compreender não apenas a sua execução pelo Município (art. 182, *caput*, da CRF), mas, também, em colaboração com a União

¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Conceito da Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In Sarlet, Ingo Wolfgang (coord.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003, p. 105-147.

² Embora a expressão “qualidade de vida” seja um conceito jurídico indeterminado e, portanto, mutável e dinâmico em vista do desenvolvimento da sociedade e da alteração dos padrões de consumo, é preciso estabelecer um conjunto de fatores (ações e instrumentos) que servirá de balizamento para um padrão mínimo de qualidade de vida.

³ Tais fatores hão de ser suficientes e necessários à garantia de um *standard* digno de vida ao homem e ao atendimento dos anseios das futuras gerações, que se relaciona com uma mínima implementação dos direitos sociais (artigos 6º e 225 da CF), cujo fundamento está assentado no princípio da solidariedade (artigo 3º, I, da CF). Os Direitos sociais promovem o direito às cidades sustentáveis. A propósito da fundamentação dos direitos sociais no princípio da solidariedade, remetemos à lição de Vicente de Paulo Barreto, *Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares*. In Legitimação dos Direitos Humanos. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 527: “Existe, modernamente, uma outra linha de investigação e argumentação que sustenta haver uma dependência necessária e lógica entre os direitos humanos e os direitos sociais. O argumento de que os direitos sociais inserem-se na categoria dos direitos humanos tem sido desenvolvido em torno da idéia de que a responsabilidade social do Estado é uma das dimensões definidoras do estado democrático de direito, idéia essa que se encontra consagrada em diferentes textos constitucionais sob a forma do princípio da solidariedade (Constituição brasileira de 1988, art. 3º, I). Para que essa idéia seja plenamente analisada é necessário situá-la no quadro de uma teoria normativa completa do Estado. Höffe propõe dois tipos de argumentos para legitimar a responsabilidade social do Estado e, em consequência, incluir os direitos sociais como direitos humanos. Os dois argumentos de Höffe fundamentam-se ambos nas raízes morais dos direitos humanos e, em função dessa natureza ética, permite que se analise o problema de ângulo diferente daquele utilizado pelo economicismo”.

e os Estados, haja vista que a “o urbanismo é incumbência de todos os níveis de governo e se estende a todas as áreas da cidade e do campo, onde as realizações humanas ou a preservação da natureza possam contribuir para o bem-estar individual e coletivo”.¹

Por tais razões, o princípio da subsidiariedade, que encontra o seu fundamento (implícito) no princípio da federação, pode funcionar como instrumento de repartição de atribuições e competências no interior de um Estado, o qual assenta que os entes menores devem ter a sua autonomia e liberdade preservados².

O sentido e o alcance (interpretação) do princípio da subsidiariedade são estabelecidos tanto na fase pré-constitucional como na fase pós-constitucional.

Na primeira fase, de índole preponderantemente político-constitucional, a noção do princípio da subsidiariedade foi tomada pelo legislador constituinte na repartição de competências entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (arts. 21, 22, 23, 24 e 30 da CRF). Na segunda fase, o princípio da subsidiariedade serve de parâmetro para compreender as competências previamente fixadas e concretizar aquelas outras cujo conceito jurídico é aberto, como, por exemplo, a norma que estabelece a competência dos Municípios para legislar sobre “assuntos de interesse local” (art. 30, I, da CRF)³.

Sem embargo, cumpre pontuar que “cada esfera atuará somente naquilo que tiver capacidade real e efetiva de ação. As atuações serão, pois, conjuntas na medida das capacidades (técnicas, econômicas, financeiras) de cada ente. Assim, compreendida, a subsidiariedade

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1283: “Esta preocupação do constituinte, em atribuir tratamento especial à política de desenvolvimento urbano, justifica-se pela mensagem inserida no próprio art. 21, XX. Tal dispositivo confere competência à União para instituir diretrizes, voltadas ao desenvolvimento urbano. Mas o assunto é, também, da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, IX)”.

² TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 211-213.

³ PEREIRA, Vítor Pimentel. *O princípio da subsidiariedade e sua aplicação no direito ambiental brasileiro*. In: *Função Social do Direito Ambiental*. Mauricio Mota (coord.), Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 200-201.

pode torna-se um relevante instrumento teórico a serviço da salvaguarda da autonomia federativa e da liberdade dos entes menores que compõem uma sociedade”¹.

5.3. As normas constitucionais programáticas: princípio do desenvolvimento social e econômico sustentável do meio ambiente artificial (urbano).

No âmbito do Estatuto da Cidade, o desenvolvimento social e econômico sustentável do meio ambiente artificial (urbano) é, pois, um princípio constitucional de direito, dotado de eficácia jurídica imperativa vinculadora da Administração Pública e dos particulares (arts. 170, *caput*, 182 e 225 da CRF), nos termos da precisa lição de Vladimir Passos de Freitas ²:

“No Brasil não existe discussão mais profunda sobre ser ou não o desenvolvimento sustentável um princípio de direito. A própria definição do que são princípios já é tormentosa. Para Miguel REALE, são enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Nicolau Dino de Castro e COSTA NETO, que inclui o desenvolvimento sustentável entre os princípios do Direito Ambiental, observa que tal princípio sintetiza um dos mais importantes pilares da temática jus-ambiental, compondo o núcleo essencial de todos os esforços empreendidos na construção de um quadro de desenvolvimento social menos adverso e de um cenário de distribuição de riquezas mais equânime. Para o magistrado greto Michael DECLERIS, são doze os princípios gerais do direito ao desenvolvimento sustentável: princípio da ordem ambiental pública, princípio da sustentabilidade, princípio da capacidade da carga, princípio da restauração obrigatória de ecossistemas abalados, princípio da biodiversidade, princípio do patrimônio natural comum, princípio do desenvolvimento controlado de ecossistemas frágeis, princípio do planejamento espacial, princípio do patrimônio cultural, princípio do meio ambiente urbano sustentável, princípio do valor estético da natureza, princípio da conscientização ambiental. Pois bem, tendo a Carta Magna brasileira colocado a proteção ambiental como um dos princípios da evolução econômica (CF, art. 170, VI), orientando e condicionando o desenvolvimento econômico à proteção ambiental, influenciando inclusive nas normas legais como vem se dando recentemente (v.g., Estatuto da Cidade), penso que o desenvolvimento sustentável pode ser considerado um princípio de direito. Atualmente ele não pode mais ser visto como sinônimo de simples meta, objetivo ou política de governo a ser alcançado”. (grifou-se).

O princípio do desenvolvimento social e econômico sustentável do meio ambiente artificial (urbano) articula-se com os princípios gerais da atividade econômica (art. 170 da CRF), com a

¹ PEREIRA, Vítor Pimentel, *Op. Cit.*, p. 211.

² *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. 3ª ed., São Paulo: R.T., 2005, p. 237-238.

política nacional de desenvolvimento urbano (art. 182 da CRF) e, ainda, com o princípio da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CRF), os quais tutelam, em última análise, a dignidade da pessoa humana, notadamente o núcleo do mínimo existencial.

6. Proposição conclusiva: os princípios constitucionais como elementos de conexão para a adequada harmonização entre o Meio Ambiente e a Política Urbana Constitucional:

Os sobreditos princípios constitucionais conectores promovem o diálogo Meio Ambiente e do Urbanismo por meio do emprego do princípio da unidade da Constituição que consiste numa *"interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema"*¹.

A concordância prática entre os bens jurídicos tutelados direciona o intérprete na busca da harmonização de sentido entre normas contrapostas, propiciando o máximo possível da efetividade de cada um².

Ao cabo do exposto, proponho que o diálogo legislativo estabelecido entre e o Meio Ambiente e a Política Urbana Constitucional, através do Estatuto da Cidade, será facilitado mediante o emprego das aludidas 3 (três) categorias de princípios constitucionais, por meio do (i) princípio da dignidade da pessoa humana no seu substrato do princípio da solidariedade (direitos transindividuais sociais do meio ambiente artificial ou urbano), do (ii) princípio da subsidiariedade, e, por fim, do (iii) princípio do desenvolvimento social e econômico sustentável do meio ambiente artificial (urbano).

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

¹ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.*, p. 302.

² *Idem*, p. 304; Confirma-se, ainda, ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 145: "... aparece a concordância prática como finalidade que deve direcionar a ponderação: o dever de realização máxima dos valores que se imbricam".

BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares. In Legitimação dos Direitos Humanos. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

.Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

.Temas de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos constitucionais do Estado da Cidade. In. Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 2ª ed. Coordenadores DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERRARI, Sergio. Constituição Estadual e Federação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Diogo Moreira. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006

FILHO, José dos Santos Carvalho. Comentários ao Estatuto da Cidade. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GIORGIANNI, Michelli. Direito Privado e as suas atuais fronteiras. In Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 747, jan. 1998.

FREITAS, Vladimir. Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. 3ª ed., São Paulo: R.T., 2005.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gullbenkian, 1997.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In Direito da Cidade. Novas Concepções sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MACHADO, Afonso Leme. Urbanismo e Poluição – Aspectos Jurídicos, In Revista dos Tribunais, volume 469: São Paulo: R.T., 1975.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In Revista de Direito do Estado, nº 5, janeiro/março, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

. O Conceito da Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In Sarlet, Ingo Wolfgang (coord.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOTA, Maurício. Questões de Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MUKAI, Toshio. Direito Urbano e Ambiental. 3ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios. In Teoria dos Direitos Fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NERY, Regina Maria Marcedo. Direito Municipal. 2ª ed., São Paulo: R.T., 2005.

NETO, Manoel Jorge e Silva. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEREIRA, Vítor Pimentel. O princípio da subsidiariedade e sua aplicação no direito ambiental brasileiro. In Função Social do Direito Ambiental. Mauricio Mota (coord.), Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PERLINGIERO, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Comentários ao Estatuto da Cidade. 2ª ed. São Paulo: R.T., 2005.

SÉGUIN, Elida. Estatuto da Cidade. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 2ª ed. Coordenadores DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCARPI, Vinicius. Meio ambiente construído: espaço, planejamento urbano e democracia. In Função Social do Direito Ambiental. Coordenador Mauricio Mota. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

.Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

.Direito Urbanístico Brasileiro. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008

TEMER, Michel, Elementos de Direito Constitucional. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. Instrumentos Urbanísticos e a Propriedade Urbana Imóvel. In Problemas de Direito Civil-Constitucional. TEPEDINO, Gustavo. Coord. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Direito Ambiental*. 3ª ed., Salvador: Podivm, 2008.

Advogado e Professor. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Doutorando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Kursou o Mestrado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Procurador da OAB/RJ. Professor convidado da Pós-Graduação Lato Sensu do CEPED-UERJ (Direito Imobiliário, Direito da Propriedade Intelectual, Direito da Empresa), Professor contratado da Graduação da UERJ (Prática Forense Civil, ano 2005), Professor convidado da Pós-Graduação Lato Sensu da UNESA – Universidade Estácio de Sá (Direito Imobiliário). Professor convidado do L.L.M. Corporativo do IBMEC-RJ.

Doutrina

A Paridade de Armas manda lembranças

Por Ricardo Pieri Nunes*

Conversas ao pé do ouvido do magistrado em audiência. Abertura de vista para considerações sobre pedido de diligência feito pela parte contrária. Possibilidade de retirar de cartório autos de medidas cautelares sigilosas para análise no conforto de seu local de trabalho. Quem já se deparou com a Defesa tomando parte nestes episódios, corriqueiros no dia-a-dia da Justiça Criminal? Passados mais de vinte anos desde 1988, *pequenos detalhes* como estes permitem entrever que a paridade de armas, conquanto almejada pela legislação vigente, ainda não é uma realidade efetiva no processo penal brasileiro.

A reforçar esta impressão, tem se tornado cada vez mais frequente, no procedimento comum, após o advento da Lei nº 11.719/2008, dar a palavra ao Ministério Público para rebater os argumentos expendidos pelo réu em sua resposta à acusação (artigo 396-A do CPP), antes da decisão de rejeição, ou não, da denúncia.

O avanço desta prática, no entanto, merece ser contido, antes que sua difusão lhe dê ares de normalidade.

Pela dinâmica do contraditório, no processo penal, a Defesa goza da prerrogativa de falar após a Acusação. Não se trata de nenhum favor ou privilégio, mas sim de medida indispensável para assegurar o equilíbrio de forças, de modo a evitar que uma das partes possua mais espaço para influenciar a convicção do magistrado do que a outra, como ocorreria caso o *Parquet* pudesse alegar algo em prejuízo do réu, sem que a este, em contrapartida, fosse franqueado o direito de revidar na mesma medida.

Em princípio, a cada uma das partes se confere apenas uma oportunidade para se pronunciar em determinada quadra do processo penal, evitando-se, assim, que o debate em torno de um tema se eternize, com sucessivas aberturas de vista a cada uma delas para redarguir o que a outra disse, em evidente prejuízo da boa marcha do procedimento rumo ao provimento de mérito.

No limiar da ação penal, previamente à emissão do juízo de admissibilidade da acusação pelo juiz, cabe ao Ministério Público a primeira manifestação, formalizada na denúncia. Neste ensejo inicial, a tese acusatória é exposta. As *cartas são colocadas na mesa*. Todo o acervo probatório empregado para articular a imputação deve estar ao alcance do réu. Se desejava o

Parquet dizer algo mais, mas não o fez, lhe restará apenas o silêncio, enquanto não se inicia o ciclo instrutório.

É dentro deste contexto que a Defesa, nesta fase preambular do procedimento comum, estrutura a sua resposta à acusação. Diante dos termos da denúncia, e conhecendo os dados que lhe serviram de base, o defensor alcança o raciocínio subjacente à *opinio* ministerial. E a partir daí, em contraponto, desenvolve a sua própria estratégia, revelando-a na resposta.

A balança, em tais condições, talvez até se incline mais para o lado do Ministério Público, que pode direcionar a gosto o ponteiro da investigação na primeira fase da *persecutio*, em ambiente inquisitorial, até a chegada do dia em que resolve se expressar por meio da exordial; já a Defesa, se não pode intervir na produção da matéria-prima da imputação, é municiada com amplo acesso ao seu teor para que possa reagir e externar, na resposta, os motivos e os meios pelos quais comprovará a inocência de seu constituinte.

Ora, sendo justo o embate neste cenário (senão menos favorável à Defesa), por que inovar com mais um flanco de ataque em prol do órgão acusador?

Desde o ato de oferecimento da denúncia a ameaça de perda da liberdade se desnuda a olhos vistos. O risco de condenação se avizinha concretamente. Por isso, mesmo que ainda no berço da ação penal, a participação da Defesa não pode jamais ser nivelada em patamar inferior ao do Ministério Público.

Pouco importa que o acusado, em sua resposta, traga um documento ou informação até então desconhecido, em abono da sua inocência. Isto também não legitima a abertura de vista à Acusação para argumentação complementar. Se o Ministério Público, na fase de inquérito, “livre” do contraditório, mesmo tendo à mão um aparato de invasão da privacidade *orwelliano*, não foi capaz de alcançar este documento ou informação, não será porque a parte mais fraca apresentou-o nos autos que faria brotar do nada a cômoda graça de nova vista, *a latere* do devido processo legal, jogando ao lixo o plano desenvolvido pela Defesa para debelar a ação penal em sua origem. O que não impede, por óbvio, em uma etapa seguinte, que o órgão acusador, incorformado com eventual revés, diga o que pensa da questão por meio da competente iniciativa recursal, amparada, aí sim, pelo modelo procedimental de regência.

Note-se: da mesma maneira que o Estado guarda algumas *supresas desagradáveis* para investir contra o réu, a exemplo das denominadas *ações controladas*, dos *flagrantes diferidos* e das demais medidas cautelares não ostensivas, que se aproveitam do alheamento para causar gravames de toda sorte, é natural que ele, o acusado, também possa tirar vantagem do desconhecimento de seu adversário acerca de uma certa informação para, na ocasião que melhor lhe aprouver, tentar desmoralizá-lo. As *regras do jogo* devem comportar *doses de malícia* para ambas as partes, desde que, sem descambar para a deslealdade, permaneçam sob as balizas da ética.

Por mais forte razão, não há sentido no convite ao *Parquet* para que hostilize a resposta do réu quando nesta é esgrimida questão de direito. *Iura novit curia*. O julgador não precisa da ajuda do órgão acusador para encontrar a solução jurídica adequada ao caso. Se a questão de direito foi levantada pela Defesa em sua resposta, o agente ministerial, tão capacitado quanto, também poderia tê-la abordado ao ofertar a denúncia. Se não o fez, deliberadamente ou por esquecimento, somente poderá discuti-la, querendo, mais à frente, por meio da interposição do recurso que lhe é assegurado para reverter a decisão de rejeição da exordial.

Aliás, antes do advento do artigo 396-A do CPP, muito provavelmente nunca ocorreu de um magistrado solicitar a opinião da Defesa Técnica, previamente ao recebimento da denúncia no procedimento comum, para solucionar eventual dúvida resultante de um ponto controvertido posto pela Acusação ao deflagrar a ação penal. Por que será que agora, estabelecida como regra a resposta defensiva preliminar, o Ministério Público tem sido instado a opinar a seu respeito? Estamos, de fato, hoje, a percorrer uma *estrada de mão dupla*?

Aqui, no processo penal, não existem formas inúteis. “A exigência de fiel observância, por parte do Estado, das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das perseguições penais, inestimável garantia de liberdade, pois o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda dos direitos e garantias assegurados ao réu.”¹

O pronunciamento ministerial posterior à resposta do artigo 396-A do CPP, antes do recebimento da denúncia, é estranho ao tipo procedimental comum. Esta prática desestabiliza por completo a dinâmica do contraditório na fase preliminar de admissibilidade da acusação, em franco prejuízo à proposta de estratégia da qual lançou mão o réu para ver a exordial rejeitada.

É tempo de dar concretude a um processo penal democrático, no qual as partes efetivamente são tratadas com a mesma dignidade perante a Magistratura, extirpando-se *pequenos detalhes* como este que ora se discute.

A paridade de armas manda lembranças.

*** Advogado, membro da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB.**

¹ STF, HC nº 90.226/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 18.12.2007, unânime.

Parecer

Relatora designada para o Plenário: **Dra. Teresa Cristina G. Pantoja**

Indicação nº 031/2010

Autor: **Doutor Thales de Miranda**

Referente à constitucionalidade das propostas de modificação da legislação relativa ao pagamento de royalties e participações especiais decorrentes da produção de petróleo; tais propostas se consubstanciam na chamada Emenda Ibsen, da Câmara dos Deputados, e na chamada Emenda Simon, do Senado Federal.

Ementa: INDICAÇÃO nº 031 de 2010. GRANDE IMPORTÂNCIA ECONÔMICA E SOCIAL DAS EMENDAS IBSEN PINHEIRO AO PLC n.º 07/2010 E PEDRO SIMON AO PLC n.º 16/2010, TAL COMO PROPOSTO PELO INDICANTE. INCONSTITUCIONALIDADE DAS REFERIDAS EMENDAS.

1. A Tramitação desta Indicação:

Em 28.06.2010, o ilustre consócio Doutor Thales de Miranda elaborou esta Indicação (Doc. 1), a qual foi por ele apresentada em Plenário no dia **28.07.2010**. Tendo sido aprovada sua pertinência na mesma data, foi pedido regime de urgência em sua tramitação, tendo o Presidente designado a mim para elaborar o parecer sobre a mesma, com vistas à respectiva apresentação ao Plenário na segunda sessão ordinária imediatamente subsequente, prevista para o dia 18.08.2010 – após as festividades do dia 11.08.2010, quando este Instituto completa 167 anos.

Por oportuno, informo que este Parecer conta com um Apêndice, no qual trato da tramitação de tema semelhante ao tema desta Indicação, ocorrida em 2005/2006 no IAB

2. A Indicação 031/2010

A Indicação trata da ***constitucionalidade de duas emendas parlamentares introduzidas a um determinado projeto de lei, de iniciativa do Poder Executivo.***

Ou seja: como relata o Indicante, o Poder Executivo havia apresentado quatro projetos de lei ao Congresso Nacional, a saber:

- (a) O PL n.º 5.938/2009, que “*dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do Pré-Sal e em áreas estratégicas (...)*”;
- (b) O PL n.º 5.939/2009, que “*autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – PETRO-SAL*”;
- (c) O PL n.º 5.940/2009, que cria o Fundo Social – FS com a finalidade de congregiar recursos decorrentes da exploração do petróleo e constituir fonte regular de recursos para a realização de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental; e
- (d) O PL n.º 5.491/2009, que pretende capitalizar a PETROBRAS para nova empreitada, autorizando a União a ceder-lhe “o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição”.

Posteriormente, esses quatro projetos acabaram sendo amalgamados em três, pois o terceiro – o PL n.º 5.940/2009 – foi incorporado ao segundo, o PL n.º 5.939/2009.

Relata ainda o Indicante que, apensado a esses quatro projetos, tramitava o PL n.º 2.502/2007, que ***instituiu os contratos de partilha para exploração de petróleo, ao lado dos contratos de concessão***; e conferia ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível o poder de determinar os blocos que seriam objeto de cada uma dessas modalidades de exploração.

Ocorreu, entretanto, que a chamada *Emenda Ibsen* foi apresentada no plenário da Câmara dos Deputados, em Brasília e incorporada à redação final do PL n.º 5.938/2009; uma vez tendo sido sua redação final aprovada, foi autuada como PL n.º 5.938-A/2009, tendo seguido para o Senado Federal, onde passou a tramitar como ***PLC n.º 16/2010***.

Por outro lado, ainda no Senado, quando ocorria o exame de um outro projeto, o PLC n.º 7/2010, relativo ao Fundo Social, o Senador Pedro Simon acabou por apresentar uma emenda, muito semelhante à Emenda Ibsen, e que foi integrada ao projeto então aprovado, como *uma das disposições finais e transitórias do PLC n.º 7/2010*.

Sintetiza o Autor da Indicação que as propostas legislativas antes mencionadas ***pretendem alterar a fórmula da distribuição das participações devidas aos Estados-membros da União, e aos Municípios, em razão da exploração marítima do petróleo.***

Para fins de clareza da Indicação, seu Autor repetiu os textos, tanto da Emenda Ibsen como da Emenda Simon, adiante transcritos

(a) A chamada **Emenda Ibsen**:

"PROJETO DE LEI N. 5938/2009 EMENDA (Dos Srs Humberto Souto e Ibsen Pinheiro)

Inclua-se o seguinte art. 45 ao substitutivo, renumerando-se os demais, e suprimindo-se, por conseguinte, as alíneas de "a" a "e" do inciso II do art. 44.

"Art. 45. Ressalvada a participação da União, a parcela restante dos royalties e participações especiais, oriundos dos contratos de partilha de produção e de concessão de que trata a Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte

forma:

I – 50% para constituição de Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados – FPE; II – 50% para constituição de Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Municípios, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios – FPM."

Sala das Sessões, em ___de ___de 2009.

*Deputado Humberto Souto - Deputado Ibsen Pinheiro
PPS/MG PMDB/RS".*

(b) A chamada **Emenda Simon**:

EMENDA Nº 24/Plenário ao Projeto de Lei da Câmara nº 7, de 2010. (Modificativa de autoria do Senador Pedro Simon). O Art. 64 do Substitutivo ao PLC nº 7, de 2010, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 64. *Ressalvada a participação da União, bem como a destinação prevista no art. 49, inciso II, alínea d da lei nº 9478, de 06.08.1997, a parcela restante dos royalties e participações especiais oriundas dos contratos de partilha de produção ou de concessão de que trata a mesma lei, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma:*

I - 50% para constituição de Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados - FPE;

II - 50% para constituição de Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Municípios, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios - FPM.

§ 1º *A União Federal compensará, com recursos oriundos de sua parcela em royalties e participações especiais, bem como do que lhe couber em lucro óleo, tanto no regime de concessão quanto no regime de partilha de produção, os Estados e Municípios que sofrerem redução de suas receitas em virtude desta Lei, até que estas se recomponham mediante o aumento de produção de petróleo no mar."*

§ 2º *Os recursos da União Federal destinados à compensação de que trata o parágrafo anterior deverão ser repassados, aos Estados e Municípios que sofrerem redução de suas receitas em virtude desta Lei, simultaneamente ao repasse efetuado pela União aos demais Estados e Municípios.*

§ 3º *Os royalties correspondem à participação no resultado da exploração de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o §1º do art. 20 da Constituição, vedada sua inclusão no cálculo do custo em óleo, bem como qualquer outra forma de restituição ou compensação aos contratados, ressalvado o disposto no §1º do art. 50 da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997."*

O Autor da Indicação a encerra pugnando pelo reconhecimento da relevância econômica do tema, que influenciaria não apenas os *royalties* do petróleo relativos aos campos já licitados,

como os que viriam a ser descobertos dentro da prospecção do pré-sal, e insiste na necessidade de que o IAB adote um posicionamento quanto ao assunto.

Algumas observações sobre o tema

O assunto de destinação e utilização dos recursos minerais em geral não é novo, e tem nos últimos anos desencadeado inúmeros estudos, no Brasil e no exterior.

Em livro editado há pouco tempo, vários autores de grande prestígio internacional, dentre eles um ganhador do prêmio Nobel de Economia, apontam para as razões pelas quais os países ricos em recursos minerais acabam tendo grande dificuldade em se beneficiarem desses mesmos recursos.¹

Isto significa dizer que a questão da apropriação das receitas decorrentes da exploração mineral está na ordem do dia, assim como, à vista dos grandes desastres ambientais ocorridos há pouco,² estão sob o foco dos analistas os modos de se promover uma compensação às comunidades afetadas pela extração mineral.

Em meio a tantos e tão proficientes trabalhos, de lavra de constitucionalistas e estudiosos eminentes, cabe-me examinar esse assunto, em caráter de urgência, para a próxima sessão plenária ordinária do IAB. Pretendo fazê-lo de modo bastante singelo e sintético, inspirada nas manifestações que me precederam, mas procurando oferecer-lhes um cunho pessoal no exame do tema.

3. A importância das receitas ligadas a exploração mineral.

Todos os autores que, no Brasil e no exterior, vêm escrevendo sobre a recente crise de **liquidez internacional** são unânimes em reconhecer a relevância do **regime jurídico escolhido para regular a extração mineral** – em especial a do petróleo e demais combustíveis, como o gás natural – para a **austossustentabilidade** das comunidades.

Não sem razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 28.11.2007, proferiu uma longa e altamente fundamentada decisão, num processo conhecido como **Saramaka versus**

¹ HUMPHREYS, Macartan, SACHS, Jefferey D. and STIGLITZ, Joseph e. Et alli. Escaping the resource curse. Columbia University Press, 2007.

² Derrames de óleo na costa da Luisiania, nos Estados Unidos, causados empoço explorado pela empresa BP, em 2010.

Suriname³, podendo-se prever que o raciocínio ali adotado tende a ser aquele que será aplicado pela grande maioria dos tribunais internacionais.

Além da questão dos direitos humanos inerentes à depleção dos recursos naturais afetos a determinadas populações, há também os aspectos da boa governança dos recursos obtidos⁴ como corolário dessa exploração.

E, em aditamento aos comentários de natureza sócio-econômica, autores com linhas de pensamento as mais diversificadas⁵ têm reiterado a observação de que, como afirmou J.J. CANOTILHO⁶:

“A autodeterminação precede o estado de direito e precede a democracia: ela é o momento fundacional de qualquer comunidade construída como estado democrático de direito.

³ Transcrição parcial da decisão : “the Court concludes the following: first, that the members of the Saramaka people have a right to use and enjoy the natural resources that lie on and within their traditionally owned territory that are necessary for their survival; second, that the State may restrict said right by granting concessions for the exploration and extraction of natural resources found on and within Saramaka territory only if the State ensures the effective participation and benefit of the Saramaka people, performs or supervises prior environmental and social impact assessments, and implements adequate safeguards and mechanisms in order to ensure that these activities do not significantly affect the traditional Saramaka lands and natural resources, and finally, that the concessions already issued by the State did not comply with these safeguards.” (Trad. Livre: “O Tribunal decide o seguinte: primeiro, que os membros do povo Saramaka têm o direito de usar e gozar dos recursos naturais que jazem sob e sobre o território que tradicionalmente lhes pertence, e que sejam necessários para sua sobrevivência; segundo que o Estado pode restringir tais direitos, outorgando concessões para exploração e a extração de recursos naturais encontrados sobre ou sob o território Saramaka, somente se o Estado: assegurar a participação efetiva do povo Saramaka e seu respectivo benefício, efetuar ou supervisionar estudos e avaliações prévias de impacto ambiental e social, e ainda se fossem postos em prática salvaguardas e mecanismos adequados para assegurar que tais atividades não afetem significativamente os recursos naturais e as terras tradicionais dos Saramaka; e, finalmente, que as concessões já outorgadas pelos Estado não contrariem essas exigências.”)

⁴ BELL, JOSEPH C. AND FARIA, TERESA MAUREA, Critical Issues for a Management Law in Escaping the resource curse, cit., p.305: “The requirement of mechanisms that ensure such transparency are critical in any oil revenue management law. As a general rule, all oil revenue related information should be made public.” (Trad. Livre: a exigência da transparência, e o estabelecimento de mecanismos que assegurem tal transparência são importantíssimos em qualquer lei de gerenciamento dos recursos do petróleo. Como regra geral, toda informação relativa às receitas do petróleo deveria ser tornada pública”).

⁵ Como, por exemplo: SOROS, GEORGE, The Crash of 2008 and what it means – the new paradigm for financial markets; Ed. Public Affairs: Filadelfia, 2009; POSNER, RICHARD A., A failure of capitalism; Ed. Harvard College: 2009; HUMPHREYS, MACARTAN, SACHS, JEFFREY AND STIGLITZ, JOSEPH et alii, Escaping the resource curse, Columbia University Press: New York, 2007.

⁶ CANOTILHO, J.J., Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Ed. Almedina, 4ª ed., Coimbra, p.233.

O cumprimento das pré-condições políticas jurídico-internacionalmente reconhecidas permite também estabelecer uma clara indissociabilidade entre a “forma de estado” interna e sua “imagem” na ordem jurídica internacional.

Por outras palavras, que colhemos em Hans Kelsen : existe uma correspondência tendencial entre “State-form” e “World-outlook⁷”.

O problema da estruturação do Estado democrático de Direito assume, para CANOTILHO⁸, uma relevância muito grande, a ponto de ser caracterizado como um ponto de partida, nunca um ponto de chegada. Isso porque, “como ponto de partida, constituiria **uma tecnologia jurídico-política razoável, para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas**” (grifos aditados).

De sorte que os royalties do petróleo – e o conteúdo das Emendas Ibsen e Simon – afloram como um dos grandes temas jurídicos do momento. O grande constitucionalista PAULO BONAVIDES, agudamente cômico das necessidades do Brasil, enquanto nação em desenvolvimento, pondera⁹:

“... O Estado de Direito não se define apenas pela legalidade, mas pelos princípios constitucionais, por considerações superiores de mérito, que o governam e o fundamentam. Sobre ser Estado da separação de poderes, é Estado de direitos fundamentais, Estado constitucional, Estado da legitimidade, da cidadania e, sobretudo, da proteção e da tutela da dignidade da pessoa humana; enfim, Estado que faz da justiça, da razão e da liberdade os esteios do regime político e da organização social”. (negritos aditados)

⁷ Kelsen, Hans, State, form and World-outlook, in D. Einberger (coord.) : Essays in legal and Political Philosophy. 1973, p.95 e segs.

⁸ Op.cit., passim.

⁹ BONAVIDES, PAULO, Do país Constitucional ap País Neocolonial. Malheiros Editores: São Paulo, 3ª ed., 2004, p.69.

Citado por BONAVIDES¹⁰, PABLO LUCAS VERDÚ¹¹ é um dos filósofos sociais mais interessantes com o qual nos podemos familiarizar: seu pensamento inovador trata de transplantar para a esfera do sentimento algumas noções que todos nos acostumamos, pelos séculos, a considerar princípios teóricos e portanto pertinentes não ao sentir, mas a um determinado encadeamento intelectual, de ordem lógico-racional.

3. Breve digressão: o sentimento constitucional

Várias obras relativamente recentes, produzidas por constitucionalistas de peso, aludem a uma forma quase mística de percepção da realidade constitucional. No Brasil, em especial seguindo-se às comemorações de uma vintena de anos contados após a promulgação da Constituição Federal de 1988 – cognominada de carta cidadã – há trabalhos que impressionam por demonstrar exatamente o que Verdú tenta explicar: os direitos fundamentais, tais como estatuídos nas normas constitucionais, de nada valem se não forem internalizados, se não forem sentidos, como quem sente uma dor ou um prazer.

De fato, num relato detalhado da tramitação que tiveram vários dispositivos da Constituição Federal de 1988, ADRIANO PILATTI¹² mostra-nos com clareza os interesses ideológicos e as emoções desabridas que, por ocasião da Constituinte, pautaram certas escolhas e alguns debates políticos.

E, em o fazendo, vem ajudar o estudioso a compreender que alguma razão tinha RAWLS¹³, quando estabeleceu que usualmente os cidadãos são movidos por objetivos políticos e não-políticos, e possuem vínculos os mais diversos. É na articulação desses vínculos, e na formulação de um campo moral comum, que se constroem as coletividades.

¹⁰ Idem, ibidem, passim.

¹¹ VERDÚ, PABLO LUCAS. O sentimento Constitucional – Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. E prefácio: Agassiz de Almeida. 1ª ed. Ed. Forense : Rio de Janeiro, 2004.

¹² PILATTI, ADRIANO. A Constituinte de 1987-1988. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. 1ª ed. Ed. Lumen júris: Rio de Janeiro, 2008, 334 págs., passim.

¹³ RAWLS, JOHN. Justice as fairness – a restatement. The Belknap Press of Harvard College: Boston, 2003., p.22

De sorte que não apenas uma identidade de propósitos é necessária, mas um campo comum de noções e sentimentos semelhantes. Verdú relata que, em dado momento, na Alemanha, PAUL LABAND¹⁴ chegou até a imaginar que a Ciência Jurídica não almejasse o conhecimento da realidade social e política, mas simplesmente desejasse tornar operacional o mundo das normas, fazendo-o com vistas a seus próprios fins, em articulações distanciadas da realidade social. Isso, bem entendido, pode ter sido verdade com relação ao Direito Privado, cujo pano de fundo foi tradicionalmente tomado por interesses econômicos, financeiros, patrimoniais.

Entretanto, no campo do Direito Constitucional, as lutas assumem uma feição mais emocional, pois com frequência o que está em jogo são valores muito relevantes, que mobilizam sentimentos humanos bastante arraigados, quase primais: o direito de ir e vir, o direito a manifestar sua própria opinião...

Na Alemanha do pós-guerra, surgiram na década de setenta alguns movimentos tendentes a reduzir a relevância histórica do Holocausto, num esforço de reconstrução da identidade alemã. HABERMAS, pensador ilustre já então, recusou-se a aceitar essa abordagem tão trivial, quase uma oversimplification¹⁵ do Holocausto, tendo-se fixado no modelo do patriotismo constitucional como a única forma de permitir que a Alemanha cultuasse valores constitucionais sem, por outro lado, ressuscitar o nazismo, nem qualquer outra ideologia pan-germânica.

Atualmente, na ordem jurídica brasileira, o que vige em matéria constitucional é o denominado neoconstitucionalismo - corrente que, traduzindo a interpenetração das normas jurídicas com a Moral, reflete a grande abrangência e aplicabilidade direta das normas constitucionais¹⁶.

VERDÚ, entretanto, estudou a importância do sentimento constitucional. E, ao fazê-lo, comentava que, começando pelo Rechtsgefühl de HEINRICH HENKEL¹⁷, seria preciso

¹⁴ LABAND, PAUL. Staatsrecht des Deutschen Rechts Neudruck der Auflage, ed. Fac simile, Ed. Scientia, Verlag, AALen, 1964, p. 31, apud Verdú, op. Cit., p.3

¹⁵ Trad. Livre do idioma inglês : uma supersimplificação; uma redução da real abrangência do conceito de que se trata.

¹⁶ BUNSCHAFT, MARIA EUGENIA. A Integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira. Revista Direito, Estado e Sociedade - n. 30 - p. 177 a 199 - jan/jun 2007.

¹⁷ HENKEL, HEINRICH. Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlegendes Rechts. 2ª ed., C.H. Beck'sche verlagsbuchhandlung : München, 1977, p. 534 e segs. Citado por Verdú, op.cit., p.58.

caracterizar o sentimento do jurídico como valor fundamental da conduta humana, distinguindo-se seu aspecto dispositivo de sua feição reativa.

Por outro lado, mas ainda com base nos esclarecimentos que a respeito dessa concepção inicial fez PABLO VERDÚ – numa perspectiva altamente inovadora – ANTONIO CAVALCANTI MAIA¹⁸ propõe atualmente uma solução para os sistemas em que haja efetivo pluralismo – como seria o caso do brasileiro – mas que se ressinta da falta de uma ideologia de coesão social forte.

De certa forma, se se pensa na realidade brasileira – que é a de uma sociedade eminentemente pluralista, como situa DANIEL SARMENTO¹⁹ –, HABERMAS²⁰ estaria correto, ao censurar a DWORKIN²¹ seu construtivismo, pois é a Constituição que, por ser ditada por princípios, possibilita a adoção de políticas inclusivas, quando não há outra forma de sistematizar a inclusão. Ou seja: quando, por exemplo, não se está formalmente em guerra com nenhum inimigo, interno nem externo. (Hoje, no Brasil, sequer se tem o fantasma da inflação...) .

GISELE CITTADINO²², estudando de modo comparativo alguns filósofos sociais, e analisando o pluralismo enquanto valor constitucional e social, lembra que, em seus escritos, HABERMAS ensina que a ordem moral se estruturaria exatamente no instante em que uma determinada norma perdesse o suporte do reconhecimento fático intersubjetivo, e passasse a exigir uma justificação.

A ordem moral, portanto, seria forma de justificação da norma jurídica. Sem aquela, esta não se sustentaria.

¹⁸ MAIA, ANTONIO CAVALCANTI. Jürgen Habermas : Filósofo do Direito. Ed. Renovar : Rio de Janeiro, 2008, p. 113.

¹⁹ SACRAMENTO, Daniel & GALDINO, FLAVIO. (ORG.) Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. Ed. Renovar : Rio de Janeiro, 2006.

²⁰ HABERMAS, JÜRGEN. Identidad nacional y identidad posnacional. Entrevista com Jean-Marc Ferry, in: Identidades nacionales y posnacionales. Ed. Tecnos : Madrid, 1998.

²¹ DWORKIN, RONALD. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

²² CITTADINO, GISELE. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Ed. Lumen Júris : Rio de Janeiro, 1999, p.106.

ANTONIO CAVALCANTI MAIA²³ , por sua vez, analisando a contribuição de HABERMAS²⁴ , pondera que, em verdade, seu conceito de direitos humanos não teria origem moral, mas seria uma modalidade específica de direito subjetivo; e, portanto, seria basicamente uma concepção jurídica. Mas seria necessário encontrar uma condição cívica que antecederesse tudo isso, que fosse como uma condição cívica a priori. Essa solução, para ANTONIO CAVALCANTI MAIA, é o patriotismo constitucional.

Qualquer dúvida, portanto, sobre a **constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinado projeto de lei** tem um alcance muito maior do que se possa supor, abrangendo considerações de ordem filosófica e moral, e implicando uma avaliação cabal do **sentimento nacional** que subjaz à edição da norma proposta.

4. A primeira inconstitucionalidade

Em minha opinião, o que vem ocorrendo no Brasil, em termos constitucionais, se assemelha um pouco ao que ocorreu na Comunidade Européia, quando as diversas nações componentes do bloco se viram obrigadas a buscar – e o vêm fazendo a duras penas – um *modus vivendi* pelo qual manteriam seu interrelacionamento – sem entretanto abrir mão das respectivas soberanias, e da identidade que possuem as nações–membros, de **pessoas autônomas**. De sorte que, guardadas as devidas distinções, o que se ameaça, com os projetos de lei 07/2010 e 16/2010, é o **pacto federativo**.

Ora: a ruptura do pacto federativo, **cláusula pétrea** de nosso sistema constitucional, é justamente a primeira das inconstitucionalidades observadas nos PLC 07/2010 e 16/2010.

Quando a União se arvora num ente hierarquicamente superior aos Estados e, adotando iniciativa legislativa, pretende suprimir uma fonte de receita originária do Estado produtor, está violando frontalmente a harmonia que deve existir entre os entes que compõem a

²³ MAIA, Antonio Cavalcanti. Op. Cit., passim.

²⁴ MAIA, Jürgen. Les objections de Hegel à Kant valent-elles également pour l'éthique de la discussion? Citado por Antônio Cavalcanti Maia, op. Cit., p. 112.

organização político-administrativa da República do Brasil²⁵ . E vulnera especialmente o disposto no art. 20, § 1.º, da CF, que dispõe:

"Art. 20 – (...)

§ 1.º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, **ou compensação financeira por essa exploração.**" (negrito acrescido).

Esse dispositivo constitucional ampara a Lei n.º 7.990/1989, sobre a compensação financeira da exploração dos recursos energéticos que, por sua vez, dispõe:

"Art. 7º O art. 27 e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pelas Leis nºs 3.257, de 2 de setembro de 1957, 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e 7.525, de 22 de julho de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias **ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios**, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios:

I - 70% (setenta por cento) aos Estados produtores;

II - 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores;

III - 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

.....

²⁵ Constituição Federal, art. 18.

§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.

.....

§ 6º Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração de petróleo, xisto betuminoso ou gás, farão jus à compensação financeira prevista no caput deste artigo."

Art. 8º O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal. (Redação dada pela Lei nº 8.001, de 13.3.1990)

Parágrafo único. A compensação financeira não recolhida no prazo fixado no caput deste artigo será cobrada com os seguintes acréscimos: (Parágrafo incluído pela Lei no 9.993, de 24.7.2000)

I - juros de mora, contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração de mês; (**Inciso incluído pela Lei no 9.993, de 24.7.2000**)

II - multa de dez por cento, aplicável sobre o montante final apurado. (**Inciso incluído pela Lei no 9.993, de 24.7.2000**)

§ 1º Não se aplica a vedação constante do caput no pagamento de dívidas para com a União e suas entidades. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.195, de 14.2.2001).

§ 2º Os recursos originários das compensações financeiras a que se refere este artigo poderão ser utilizados também para capitalização de fundos de previdência. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.195, de 14.2.2001).

Art. 9º Os Estado transferirão aos Municípios 25% (vinte e cinco por cento) da parcela da compensação financeira que lhes é atribuída pelos arts. 2º, § 1º, 6º, § 3º e 7º desta Lei, mediante observância dos mesmos critérios de distribuição de recursos, estabelecidos em decorrência do disposto no art. 158, inciso IV e respectivo parágrafo único da Constituição, e dos mesmos prazos fixados para a entrega desses recursos, contados a partir do recebimento da compensação.”

De sorte que resta evidente, da transcrição dos dispositivos acima, que a natureza jurídica dos royalties **não é propriamente a de direitos de remuneração decorrentes do direito de propriedade, como seriam, se se tratasse de relação privada.**

Para uma adequada compreensão do significado dessa definição, será preciso compreender algumas etapas evolutivas do modelo tributário brasileiro. Quando de sua edição, o §3º do art. 155 da Constituição Federal veio assim redigido:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....

II – operações relativas á circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

.....

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá

incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.”

Como mencionado anteriormente, incidiu no setor mineral o Imposto Único sobre Minerais – IUM, até a entrada em vigor da atual Constituição. Esta eliminou o Imposto Único, passando a tributar a atividade extrativa de petróleo e combustíveis com a norma descrita no § 3.º de seu art. 155. Sobre as operações incidem os Impostos de Importação e Exportação – competência da União –, além do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – competência dos Estados. Substituiu-se assim a tributação única e monofásica, pela tributação do ICMS, incidente a cada nova operação, instaurando-se a imunidade quanto aos demais tributos, para compensar o ônus fiscal e continuar incentivando a exploração dessas atividades²⁶.

Muito foi discutido sobre a incidência da imunidade constante do §3º do artigo 155 da CF. Os questionamentos referiam-se, em essência, ao alcance da expressão “nenhum outro tributo”, bem como da palavra “operações”; e tinham como objetivo fugir da incidência da COFINS (criada pela Lei Complementar nº 70/91), que incidia, à época da discussão, mediante a alíquota de 2%, passando depois para 3% sobre o faturamento bruto. O Supremo Tribunal Federal apreciou essa questão nos julgamentos do RE nº 230.337/RN e do RE nº 227.832/PR²⁷, tendo pacificado o problema, decidindo que incide a COFINS nas operações com petróleo e combustíveis e definindo que a imunidade dizia respeito tão-somente a tributos futuros, não previstos no texto constitucional.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 33/01 modificou a redação de “nenhum outro tributo” para “nenhum outro imposto”. Aqui já se pode, então, identificar que o aumento de arrecadação para a exploração petrolífera – do pré-sal, ou não – não acontecerá com a criação de um imposto específico, em razão dos limites impostos pela imunidade tributária descrita no § 3º do artigo 155 da Constituição Federal.

²⁶ COELHO, SACHA CALMON NAVARRO. Comentários à Constituição de 1988., Forense, 1994, p. 407.

²⁷ Ambos os processos foram julgados em 01.06.1999, tendo os respectivos acórdãos sido publicados em 28.06.2002.

(Senão, vejamos: o § 2º, inciso X, alínea b), do art. 155 da Constituição Federal declara expressamente:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

.....

§2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

.....

X – não incidirá:

.....

b) sobre operações que destinem a outros Estados, petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;"

A tributação do setor do petróleo, com foco na imunidade interestadual das operações (§2º, inciso X, b), do art. 155 da Constituição Federal) já foi objeto de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada na Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da Resolução nº 3/95 - como relata CLAUDIO ARAÚJO PINHO²⁸ - e que teve as seguintes conclusões:

"Após trinta e uma reuniões realizadas, com inúmeros depoimentos, incontáveis ofícios recebidos, farta documentação comprobatória, **não temos dúvidas em afirmar que a política tributária relativa à comercialização de combustíveis e derivados de petróleo foi tratada com o mais completo descaso pelas autoridades competentes e por todos os segmentos que operam no mercado, salvo raras exceções**, sucumbidas pelo descabimento do Estado em descumprir a legislação que, mesmo imperfeita, não isenta a operação como um todo, mas apenas uma de suas etapas, a interestadual.

²⁸ PINHO, CLAUDIO ARAÚJO. Pré-sal: História, Doutrina e Comentários às Leis. Ed. Legal. Belo Horizonte, 2010. p.40.

Não sabemos a intenção do legislador, que atribuiu esta nociva imunidade à operação interestadual de combustíveis, que tantos prejuízos nos trouxe, mas nos salta aos olhos o desinteresse pela sua correção no texto constitucional.

.....

Para finalizar com o elemento fundamental desta sangria do erário público de bilhões de reais, não há como deixar de atribuir às grandes distribuidoras a maior parcela de responsabilidade, pela evasão fiscal de ICMS de combustíveis e derivados de Petróleo.

Esta constatação reveste-se da lógica mais elementar, que nos faz estranhar o fato de não ter sido previamente identificada pelos elementos responsáveis pela fiscalização.

Se as grandes distribuidoras detêm 89% do mercado de combustíveis, se as mesmas eram substitutos tributários de ICMS, se conforme o depoimento de seus diretores, inexistem liminares capazes de promover a imunidade da operação, torna-se fácil a afirmação desta responsabilidade.

Corroborando esta afirmação, tivemos o espetacular incremento de arrecadação, com a nova dinâmica tributária, que conferiu às refinarias a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, como que num passe de mágica, aumentou 300%.” (negritos acrescentados)

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, por sua vez, criou o sistema de cotas para a aquisição do combustível pelas distribuidoras (art. 16 da Portaria nº 29/99), tendo passado a exigir que o contrato entre a distribuidora e seu fornecedor fosse submetido à homologação (Art. 6º da Portaria nº 72/00), como forma de identificar a procedência do combustível e a área geográfica da atuação, aparentemente movida pelo objetivo de evitar que determinada operação se enquadrasse na genérica imunidade constitucional.

Sobre esse tema, MARCO AURÉLIO GRECO observou que “vozes respeitáveis levantam-se tanto para sustentar a inexistência de ICMS em razão da imunidade, quanto para afirmar que a figura contemplada na Constituição **não é de uma desoneração do imposto, mas de mero deslocamento do imposto para o Estado de destino**”.²⁹ (negritos aditados)

²⁹ GRECO, MARCO AURÉLIO. Substituição Tributária. IOB, p.111.

Vê-se, portanto, que o entendimento quanto à existência dessa imunidade tem relação direta com o pagamento de royalties, assunto que constitui uma das modificações previstas para vigorarem quando se iniciar a exploração do petróleo localizado geologicamente na denominada camada do pré-sal, incluída no Projeto pela emenda do Senador Pedro Simon³⁰.

Passarei então adiante a tratar da imunidade do §5º, X, b) do artigo 155 da Constituição Federal. Tal imunidade nas operações interestaduais foi criada para que a tributação pelo ICMS não se restringisse aos Estados produtores de combustível, mas ocorresse também nos Estados para onde fossem enviados à industrialização e, por conseqüência, onde havia o respectivo consumo. Segundo CLAUDIO ARAÚJO PINHO³¹, a perda da receita tributária pelos Estados produtores, por força da imunidade, seria então recompensada pelos royalties definidos no §1º do artigo 20. Este foi o pensamento dos constituintes, como se pode verificar nos próprios Anais da Assembléia Nacional Constituinte³².

A noção de outorgar-se imunidade às operações interestaduais era contrabalançada pela idéia de que o Estado destinatário-final do subproduto do petróleo ficaria com o ICMS, e o Estado produtor recebesse os royalties. Outra não é a razão da redação do §1º do artigo 20 da Constituição Federal, adiante parcialmente retranscrita:

“§1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, (...) e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

³⁰ Embora a emenda do Projeto tenha sido divulgada em primeiro lugar pelos Deputados Ibsen Pinheiro (RS) e Humberto Souto (MG), na verdade, quando da aprovação do Projeto nº 7/10, na madrugada do dia 10 de junho de 2010, o Senador Pedro Simon (RS) apresentou a redistribuição dos royalties com o texto que seria incluído pelos deputados, ganhando assim a paternidade da emenda. Esses, entretanto, são aspectos meramente regimentais, que se esgotam nisso, já que o regime de urgência foi retirado, **eliminando-se assim qualquer inconstitucionalidade na tramitação do Projeto**. Essa foi, também, a decisão da Min. Ellen Gracie, do STF, no julgamento dos Mandados de Segurança nº 28885 e nº 28900, que questionavam a constitucionalidade do PL nº 5938/2009.

³¹ PINHO, CLAUDIO ARAÚJO. Ob. Cit. P. 42.

³² Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 20.04.88, p. 9.631.

Ao utilizar as expressões “plataforma continental” e “mar territorial”, os constituintes reafirmam essa política compensatória imunidade/royalties quando estabelecem como fato gerador do pagamento dos royalties a exploração em áreas juridicamente pertencentes à União, como a plataforma continental e o mar territorial.

Releva concluir, assim, que o tratamento constitucional dos royalties envolve três aspectos: (a) a incidência do IUM foi substituída pelos tributos incluídos na própria Constituição Federal, **garantindo-se que a atividade não possa ser posteriormente onerada** (§3º do art. 155); (b) a tributação foi deslocada da produção para o consumo, inclusive garantindo-se a imunidade para operações interestaduais (§2º, inciso X, alínea b), do art. 155); e (c) a compensação financeira pela perda da arrecadação com o ICMS foi outorgada aos Estados sob a forma de royalties³³.

Daí porque a primeira acepção do termo **compensação, que qualifica os royalties do petróleo**, é justamente a de constituir-se numa **contrapartida financeira pela perda da receita fiscal**. Na verdade, embora da maior pertinência, a noção de reparação ambiental foi, para os constituintes de 1988, um aspecto secundário.

Entretanto, a despeito do fato de um estudo crítico da evolução do tratamento fiscal constitucional das riquezas do subsolo levar à conclusão esposada no parágrafo anterior, hoje parece inegável que a noção de reparação ambiental é também pertinente, na medida em que há inegável impacto, não apenas de natureza ambiental, mas também social, com o desenrolar das atividades extrativas nos territórios dos Estados-membros, fato que legitima que a União, proprietária dos bens do subsolo, **faça aos Estados e Municípios tal reparação, em decorrência da circunstância de permitir que se lhes extraiam bens do subsolo ou da plataforma continental**.

³³ Caberia analisar-se se a Emenda Constitucional nº 3/93, que incluiu a substituição tributária no texto constitucional - §7º do artigo 150 - trouxe alguma distorção a esse sistema imunidade/royalties.

Sendo uma compensação expressa, os royalties são também **receitas originárias** dos Estados. Ora, concedendo aos estados federados autonomia para a auto-organização, o auto-governo e a auto-administração – em seus artigos 18 e 25 a 28 - , a CF acabou trazendo certas inovações ao sistema federativo brasileiro, na medida em que estendeu também aos Municípios (art.18 CF) a chamada **dignidade federativa**.

Ocorre, entretanto, que **o pacto federativo** não pode ser violado. Essa seria, portanto, a primeira das inconstitucionalidades observadas.

Mas há pior: a subversão da ordem constitucional contida nos PLCs 07/2010 e 16/2010 não abrangeria apenas os contratos futuros de partilha, mas já começa atacando **os atuais royalties**, numa nítida violação do princípio da **segurança jurídica**, que será tratado mais adiante.

Em síntese, a Emenda Ibsen se propõe a suprimir o pagamento de royalties e participações especiais aos Estados e Municípios produtores e adjacentes, inclusive quanto aos contratos que já tenham sido firmados em razão da Lei n.º 9.478/97. Por sua vez, a Emenda Simon só ressalva o caso dos Municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, e mediante critério a ser estabelecido pela ANP.

Ora, sabendo-se que, por definição, uma lei não contém palavras inúteis, é simples chegar-se à conclusão de que em todas as quatro formas de exegese adotadas pela doutrina³⁴, o art. 20, §1.º só teria razão de ser, se fosse para permitir uma compensação aos Estados e Municípios, quer seja a mesma feita em decorrência do tratamento fiscal, quer o seja pelo uso do respectivo território, quer o seja, ainda, pelos eventuais ônus, inclusive ambientais e até sociais, decorrentes da exploração de certos recursos.

Essa é, aliás, a própria visão que o STF tem a respeito do assunto, como se depreende da seguinte ementa, relativa ao julgamento em 19.02.2003, pelo STF (Tribunal Pleno) do MS 24312/DF, rel. a Min. Ellen Gracie, acórdão publicado em 19.12.2003:

³⁴ Conforme propõe BARROSO, LUÍS ROBERTO, em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2009, p. 290 e segs.

“Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO CONCRETO. CABIMENTO. EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO, XISTO BETUMINOSO E GÁS NATURAL. PARTICIPAÇÃO, EM SEU RESULTADO, DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 20, § 1º. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA A FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DESTA EXPLORAÇÃO NO TERRITÓRIO FLUMINENSE. 1 - Não tendo sido atacada lei em tese, mas ato concreto do Tribunal de Contas da União que autoriza a realização de auditorias nos municípios e Estado do Rio de Janeiro, não tem aplicação a Súmula 266 do STF. 2 - Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), **a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos** (CF, art. 20, § 1º). 3 - É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União - mediante convênio, acordo ou ajuste - de recursos originariamente federais. 4 - Entendimento original da Relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões prevalecentes. 5 - Segurança concedida e, ainda, declarada a inconstitucionalidade do arts. 1º, inc. XI e 198, inc. III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, além do art. 25, parte final, do Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991. (negritos aditados)

5 . A segunda inconstitucionalidade.

O princípio constitucional da isonomia, pelo qual todos são iguais perante a lei, é também princípio de grande relevo no ordenamento brasileiro. Não se trata de igualdade pura e simples, mas de isonomia, ou seja, dar-se um tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, respeitando-se as distinções.

Só se pode logr  -lo por meio de outro princípio, o da **razoabilidade**.    esse segundo princípio que determina que se d   tratamento desigual aos desiguais. Os royalties devidos, por exemplo, ao Estado do Rio de Janeiro, serão devidos em função do fato de ser o Estado do Rio um produtor de petróleo, e porque a respectiva industrializa  o se d   preponderantemente em SP, Estado de destino, ao qual    recolhido o ICMS.

No caso em tela, o princípio da isonomia determinaria que se pudessem preservar os interesses tanto dos Estados produtores, como os dos Estados não-produtores. **Mas a isonomia constitucional não significa igualdade no sentido vulgar do termo.** É preciso que se reconheça que o Estado no qual a extração é feita deixou, com a CF /1988, de ter o direito de recolher o ICMS, que passou a ser recolhido no ponto de destino. Isso fez com que os Estados em cujos territórios - ou em cuja faixa marítima ou de aproximação litorânea, no caso da plataforma territorial estendida - se dá a prospecção e a extração desses recursos, tenham de suportar todas as consequências fiscais, sociais, ambientais e econômicas dessas atividades, sem terem uma compensação pela mesma.

Em torno de 1999, LOBO TORRES³⁵ lecionava sobre a existência de alguns privilégios que se podiam dizer odiosos. Escrevia:

“O Estado ofende a liberdade relativa do cidadão e o princípio da isonomia quando cria, na via legislativa, administrativa ou judicial, desigualdades fiscais infundadas, através dos privilégios odiosos ou das discriminações.

Isto é: embora válida a preocupação com o desenvolvimento econômico de alguns Estados que são desprovidos dessas riquezas minerais, entretanto não é lícito beneficiá-los às custas de outros que, detentores de riquezas minerais importantíssimas sob seus territórios - ou no oceano, ao largo dos mesmos - **só contam com o mecanismo dos royalties para compensá-los pelas perdas que vêm sofrendo** desde a substituição do IUM pelo ICMS no destino.

Vale dizer que, embora as expressões isonomia e igualdade sejam estritamente sinônimas, entretanto é preciso notar que o **princípio da isonomia** determina que se proporcione um tratamento igualitário a todos, guardadas porém as devidas proporções.

Daí porque as Emendas Ibsen e Simon, ao suscitar uma artificial igualdade entre os Estados federados, acabam sendo irretorquivelmente inconstitucionais.

³⁵ LOBO TORRES, RICARDO. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Ed. Renovar : Rio de Janeiro, 1999, III, p. 340.

5. A terceira inconstitucionalidade.

A última – last but not least - inconstitucionalidade dessa dupla de Emendas é simples de entender: trata-se de comportamento que se poderia qualificar como desleal, por parte da União, que pretende subtrair ao ente federado a **segurança jurídica**, levando-o a uma situação na qual ficará sujeito a **uma nova ordem fiscal**, sem que o Estado haja podido manifestar-se formal e expressamente a respeito dessa nova ordem.

GARCÍA DE ENTERRÍA,³⁶ com grande precisão, leciona que o **princípio da segurança jurídica subjaz ao ordenamento**, embora não reste sempre expresso no corpo da constituição ou das leis. De fato, tanto CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³⁷ quanto o inigualável OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO³⁸ aludem à preocupação que manifestam todos os sistemas jurídicos, com institutos como a prescrição, a preclusão, a decadência... que sem dúvida traduzem **a aspiração de estabilidade e segurança**, comum a todo ser humano.

Por sua vez, VERDÚ³⁹ alude ao sentimento jurídico, que suporia a implicação com o ordenamento jurídico e com a idéia de Justiça que o inspira e sustenta. Isto é, o sentimento jurídico apareceria como afeto mais ou menos intenso pelo justo e pelo eqüitativo na convivência. Se esse afeto versar sobre a ordem fundamental dessa convivência, será o sentimento constitucional.

VERDÚ também menciona RIEZLER – que dividiu o Rechtsgefühl (sentimento jurídico) em 3 categorias: sentir o que é o Direito, sentir o que deve ser o Direito e sentir qual a atitude mais adequada perante o Direito; e reporta que Riezler teria atribuído uma característica algedônica a esse sentimento, uma vez que acarretaria tanto dor quanto prazer. Isso porque o sentimento jurídico brotaria de uma comoção da alma, que normalmente conteria momentos de prazer e de desgosto. Assim, o sentimento jurídico implicaria um conteúdo ético; o

³⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas: Madri, 3º ed, 1981, p. 400.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros ed. São Paulo. 23º ed, 2006, p. 119.

³⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. Malheiros ed. São Paulo, 3º ed. V. I, 2007, p. 420-421.

³⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. Op. Cit., passim.

reconhecimento do valor da pessoa frente à arbitrariedade e à injustiça impregna todo o sistema jurídico, enquanto medida de igualdade ou desigualdade.

Os constitucionalistas mais contemporâneos - dentre os quais VERDÚ⁴⁰ - aludem também ao fato de que em toda comunidade jurídica organizada é preciso passar do conhecimento do Direito à sua análise por meio da consciência jurídica. Assim é que, para ESSER, a ideia do Direito não seria algo desconexo, situado sobre uma realidade flutuante, nem seria algo equiparado a uma superestrutura; seria, ao invés, algo vivo, parte da existência espiritual do ser humano. ESSER⁴¹ denominava de Geist esse dom humano para integrar em sua vontade uma unidade produtora de todas as suas forças intelectuais e afetivas.

HENKEL,⁴² por sua vez, afirma que o sentimento jurídico versaria sobre ações, decisões normativas concretas; daí se originaria sua força, seu ímpeto para reagir contra o não-Direito, o antijurídico. Enquanto impulso vital, o sentimento jurídico é luta pelo direito (IHERING), e é interiorização emocional do direito próprio e do alheio.

De sorte que a violação ao princípio da segurança jurídica atinge o homem no que lhe é mais caro: a perspectiva de estabilidade, de segurança, de uma vida em paz.

Essas são as razões pelas quais, concordando com o Autor da Indicação n.º 031/2010, entendo que tanto o tema tratado na chamada Emenda Ibsen, quanto aquele constante de sua coirmã, a Emenda Simon, são da maior relevância jurídica, econômica e política, sem dúvida merecendo a atenção deste secular Instituto.

E, quanto à indagação formulada na Indicação n.º 031/2010, sobre se teriam amparo constitucional as modificações legislativas pretendidas com aquelas Emendas, é meu entendimento que ambas padecem do insanável vício da mais absoluta inconstitucionalidade.

⁴⁰ VERDÚ, Pablo Lucas. Op. Cit., passim.

⁴¹ HENSEL, Heinrich. Op. Cit., passim.

⁴² HENKEL, Heinrich. Op. Cit., passim.

Esclareço que o presente Parecer foi aprovado, à unanimidade, na reunião de 02.08.2010 da Comissão Permanente de Direito do Petróleo, Gás e Biocombustíveis, embora naquela ocasião ainda sob forma de minuta. Em sua atual forma, foi referendado, também à unanimidade de seus ilustres componentes, na reunião de 11.08.2010 da Comissão Permanente de Direito Constitucional, sob a presidência do Doutor Bernardo Cabral e tendo como Vice-Presidente o Doutor Célio Borja.

É o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 17 de agosto de 2010

Teresa Cristina G. Pantoja

OS PODERES DO RELATOR DA CAUSA SOB A PERSPECTIVA HISTÓRICA

- Subsídios sobre a ampliação e restrição dos poderes do relator da causa como fator de celeridade processual –

Vitor Greijal Sardas

Introdução

No dia 31 de maio de 2010, em entrevista concedida ao jornal "O Estado de São Paulo", o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, presidente da comissão de juristas responsável pela elaboração de um anteprojeto de Código de Processo Civil, instaurada pelo Senado Federal, asseverou que, "se nós aprovarmos os instrumentos que estamos propondo, vamos conseguir reduzir a duração de um processo usual em 50% e em 70% num processo de massa".

Ocorre, contudo, que, inobstante a certeza matemática expedida, não há demonstração de qualquer aferição por critérios objetivos de como as tais reformas sugeridas reduziram o tempo de duração dos processos na proporção.

Ausentes critérios de aferição de como instrumentos novos podem incidir sobre o processo, resta voltar os olhos para história a fim de localizar caminhos já trilhados por onde poderão seguir estes novos instrumentos.

Isto se dá por que nenhuma outra realidade é mais eficaz para a nossa certificação do que a história. A história nos apresenta o horizonte mais largo e nos oferece os conteúdos que tradicionalmente fundamentam nossa vida.

A experiência mostra que o presente é melhor compreendido se espelhado no reflexo da história. As experiências processam-se no recíproco esclarecimento entre o passado e o presente.

É um engano, contudo, tomar a história como algo que se inicia e se finda no passado. A história é maior que acontecimentos presos a um extrato de tempo.

Conforme vociferado pelo poeta alemão Heinrich Hein, "o historiador é o profeta que olha para trás".

Assim, busca-se justificar o presente estudo de um regramento a existir por algo que já não mais existe. É, segundo a retórica de Dionísio de Halicarnaso, o uso da história como filosofia inspirada nos exemplos.

Voltaremos, posteriormente, ao anteprojeto de novo Código de Processo Civil, especialmente a um dos instrumentos que, segundo a comissão que o elaborou, mostrar-se-ia um de seus pontos mais relevantes, qual seja, uma nova regulação sobre os recursos, e que se apresenta no cerne do presente estudo.

É de se tomar, ainda perfunctoriamente, que a busca pela celeridade do processo não se reveste no valor único processualmente almejado.

A segurança e a justeza das decisões devem ser valores inexoravelmente resguardados por serem estes a própria razão de existir do ordenamento jurídico.

Neste ponto, apresenta-nos o princípio da colegialidade das decisões de segunda instância.

O ilustre jurista Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda advertia sobre o tema que:

“A regra, para os recursos, é a colegialidade das decisões. Quer dizer: a pluralidade de julgadores, com o fim político de assegurar diversos exames ao mesmo tempo, além do duplo ou múltiplo exame, no tempo, pelo juiz do primeiro grau e os demais juízes superiores. A ciência ensina-nos que a assembleia não nos veio da reflexão; foi a reflexão que veio da assembleia. Portanto, o homem é que é produto da assembleia. Essa prioridade do exame múltiplo ao mesmo tempo, em relação ao exame de um só, se transforma em superioridade sempre que desejamos maior certeza. A colegialidade para a decisão dos recursos obedece a esse pendor íntimo do homem quando se deseja guiar pela ‘razão’.

Quem quer que estude a história das impugnativas da sentença no direito romano e a negação da impugnação no direito germânico, onde havia o princípio da força formal das sentenças, por serem decisões do povo em assembleia, compreenderá o que de romanismo imperial subsiste nos tribunais de juízes não eleitos ou sequer sem aprovação dos eleitos pelo povo”¹.

Em um estudo sobre recursos deve ser presente a máxima de Ulpiano que afirma que o uso da apelação é tão frequente quanto necessário, já que serve para emendar a injustiça ou imperícia do juiz, ainda que nem sempre julgar por último signifique julgar melhor (Digesto, Livro 49, I, princ.)².

No mesmo sentido e com seu peculiar humor, o saudoso ministro Nelson Hungria asseverava que o Supremo tinha como único privilégio a possibilidade de errar por último. Sendo assim, podemos tomar que as cortes superiores devam revestir de uma, ainda que aparente, maior reflexão sobre as causas que são postas.

A ampliação dos poderes do Desembargador relator, pondo-o como detentor de poderes distintos e distantes daqueles que *ad referendum* lhe seriam concedidos pelo órgão colegiado, representa muito mais que o argumento de economia de tempo, mas uma ruptura paradigmática na própria estrutura do instituto dos recursos das decisões judiciais.

1. Apontes históricos dos poderes do relator da CAUSA – Direito lusitano e Direito brasileiro primitivo

¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VII. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1975. Página 10.

² Autores, especialmente após a Revolução Francesa, da lavra de Berenger, Ferdinand Jacques, Mortara e Miraglia opuseram-se, por razões de ordem política, científica ou filosófica, à existência de recursos.

Dentre as razões para este entendimento, citamos: seria uma herança arbitrária da aristocracia judiciária; a reapreciação não garante um julgamento melhor ou mais justo, sendo uma inutilidade (se mantiver a decisão) ou uma inconveniência (se reformar a decisão); determinando maior retardamento da decisão, causa maior dispêndio do erário público. A ausência de recurso, observe-se, era regra no Direito germânico primitivo.

Os últimos sistemas que não possuíam previsão de recurso na época hodierna, agora o tem. Enquanto o diploma processual civil do cantão suíço de Neuchâtel, de 07 de abril de 1925, veio a ser suplantado pelo Código de Processo Civil de 30 de setembro de 1991 (já revogado), no qual em seu artigo 398 e seguintes já se previa o recurso de apelação, o vigente Código de Processo Civil turco de 18 de junho de 1927 passou a prever a apelação dependendo da natureza da causa, conforme disposto seu artigo 426, incorporado ao diploma por lei de 26 de setembro de 2004.

Alfredo Buzaid adverte que para se compreender com clareza a doutrina geral dos recursos é imprescindível analisar primeiro as tendências jurídicas vigorantes na Península¹, ao tempo em que os primeiros monarcas lusitanos começaram a elaborar leis gerais.

Não se olvida a importância do Direito romano, do Direito canônico e do Direito germânico na evolução sistemática da matéria. Alexandre Herculano já advertia:

"O direito canônico, cuja autoridade se reconhece na primeira lei de 1211; o direito romano, cujo estudo como ciência se tinha restaurado na Itália no século antecedente e em que se prosseguia com ardor; os costumes tradicionais e o direito visigótico, representado e mantido muitas vezes nos mesmos costumes, outras vezes obliterado na prática, são as fontes principais da legislação anterior ao Reinado do D. Diniz"².

Ou seja, ainda que a matéria de recurso às assembleias remonte literalmente às calendas gregas, que o princípio da colegialidade seja latente no princípio da *intercessio* romano, a mescla do direito romano, do direito canônico e do direito visigótico tornou no amálgama do direito luso o ambiente hábil para a formação do pensamento e da principiologia hoje incidente.

Partamos o estudo dos procedimentos dos julgamentos dos recursos, portanto, do direito luso.

É de se anotar que uma das regras de funcionamento da Casa da Suplicação deu-se por ocasião do alvará de 15 de junho de 1523, publicado na Chancelaria Mór aos 19 dias do mesmo mês e ano na Vila de Santarém, no qual haveria o Regedor de ordenar que a reunião na mesa grande dos Agravos se desse às terças-feiras e sábados de cada semana, das nove da manhã a uma hora da tarde.

Todo o despacho haveria de ser em sessão publica, e em uma só mesa, sentados à direita e esquerda do Presidente (ou na ausência deste, do mais antigo), seguindo a ordem de antiguidades. Com as Ordenações promulgadas (Liv. I, Tít. 1. § 17) passou-se a regrar que o dito Regedor ordenasse a dita mesa às terças, quintas-feiras, e sábados; assim foi a prática até ao dia do terremoto ocorrido em Lisboa no ano de 1755 quando retornou-se à prática de dois dias conforme definido no §3º do alvará de 1523³.

No Direito processual luso, deu-se, por força de alvará de 17 de fevereiro de 1548, o Regimento ao Relator da Casa da Suplicação, que então se criou por determinação do Rei Dom João III, estipulando que houvesse no tribunal um letrado (desembargador) que fosse relator dos feitos de revistas, que se nela tratassem, e houvessem de determinar finalmente.

José Anastásio de Figueiredo Ribeiro⁴ afirma que, já no ano de 1582, esta determinação não era observada, sendo o uso nomear-se com os demais desembargadores na Mesa do

1 "O direito germânico, imposto aos vencidos no período das invasões, exerceu por séculos sua influência, até o estabelecimento da Monarquia; entrando daí por diante em declínio, cedeu lugar ao direito canônico, amplamente difundido pela Igreja, e ao romano, reflorescido, então, sob os auspícios da escola de Bolonha" (in BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistemado Código de Processo Civil. 2ª edição revista e aumentada. Editora Saraiva. São Paulo. 1956. Páginas 15 a17).

2 HERCULANO, Alexandre. Portugalliae Monumenta Historica : o saeculo octavo post christum usque ad quintumdecimum. Leges et consuetudines, v. I fasc. III Lisboa. (1863-1868). Página 145.

3 Cite-se o Livro verde, aliás 8º, da Suplicação, fol. 152, verso, do liv. roxo, e no livro II da Compilação das Leis de Dom Duarte de Lião, part. 1. tit. 5. ("Dos desembargadores da casa da supplicação")

4 In Synopsis chronologica de subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portugueza, desde 1143 até 1603. (Acad. real das sci. de Lisboa). Academia Real das Sciencias, 1790. Página 404.

Desembargo do Paço, para cada um dos feitos, quando se concede a revista, e vão ao Tribunal da Relação¹.

Os Assentos, cuja força normativa passaria a ser erigida com o advento da Resolução Real de 2 de Setembro de 1786, merecem neste ponto a nossa atenção.

No ano de 1639, reiterou-se, através de Assento, as funções do Desembargador relator já descritas no citado Alvará de 1548.

Dizia:

“Aos 2 dias do mez de Agosto do anno de 1639 em presença do Senhor Bispo Dom Diniz de Mello e Castro, Regedor, veio em dúvida, sc convinha emendar o costume , que se introduzio nos feitos, que na primeira sentença se vencião por mais, que por tres Juizes; e nos incidentes, que se seguião e tornavão á Relação, vencidos por tres, ou pelos Juizes, que bastavão para se vencer, passavão de more a todos os que forão na primeira sentença, em damno e dilação das partes, que se detinhão, esperando pelo seu despacho, em quanto o feito passava a todos. E pareceu, que se devia mandar, que logo que o feito se vencia, o Desembargador, em cujas mãos se vencer, ponha logo a sentença, e a traga á Relação, e a assine por todos os Juizes, que forão na primeira sentença, para nos incidentes seguintes se saber, quem forão Juizes; e que nos taes incidentes fizesse dali em diante o Officio de Relator o Desembargador, que a ultima sentença escreveu; e que por este modo se atalha aos inconvenientes, que por uma e outra parte se representarão. E por não vir mais em dúvida, se mandou fazer este Assento, que assinou o dito Senhor Regedor com os Desembargadores dos Aggravos abaixo assinados. O Bispo Regedor. Pedro Vieira da Siha. Luiz Pereira de Castro. Francisco Lopes de Barros. Francisco de Andrade Leitão. Pedro de Castro. Francisco de Almeida. Francisco de Mesquita. Antonio Coelho da Fonseca. Jorge de Araujo Estaco. João Pereira. André Velho de Faria. Salema.
Livro 2 da Supplicação fol. 7.”

No dia 01 de novembro de 1755, Portugal, mais precisamente a cidade de Lisboa, quarta maior cidade do mundo naquela ocasião, veio a ser atingida por um intenso sismo, seguido de maremoto e incêndios, que destruiu parte considerável de suas construções e tirou a vida de mais de cem mil pessoas.

Este acontecimento marca indelevelmente a preocupação que o ordenamento processual português com u’a maior efetividade².

Como exemplo desta preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional, trazemos a preocupação externada da lei de 18 de agosto de 1769, que cuidava do processo judicial e que ficou conhecida como a Lei da Boa Razão, onde havia previsão expressa de apenamento do advogado que se valesse de interpretações maldosas e enganosas, nos processos judiciais. Dizia a citada lei:

“por quanto a experiencia tem mostrado que as sobreditas interpretações dos Advogados consistem ordinariamente em raciocínios frívolos, e ordenados mais a implicar com sophismas as verdadeiras disposições das leis, do que a demonstrar por ellas a justiça das partes: mando, que todos os Advogados que commeterem os referidos attentados, e forem convencidos de dóló, sejam nos Autos, a que se juntarem os Assentos, multados, pela primeira vez em 50\$000 réis para as despesas da Relação, e em seis mezes de suspensão; pela segunda vez e, privação dos grãos, que tiverem na Universidade; e pela terceira em cinco

¹ Este costume restou assentado no Livro roxo (ou terceiro) da Casa da Supplicação, fol. 136, verso. Posteriormente, esta alternância das funções de relatoria dentre todos os desembargadores foi assentada na Compilação das Leis de Dom Duarte de Lião, Livro 1, parte I, sob o título “Do Relator” (fol. 90).

² Não nos utilizamos dos paradigmas atuais de acesso à justiça, visto que no período de tempo que ora analisamos as “ondas renovatórias” não passariam de ténue e insignificante marola e a satisfação dos jurisdicionados poderia não se apresentar como um corolário maior. Ainda assim, a prestação jurisdicional, seja por qual objetivo que tivesse (aquietação social, fé cristã, monopólio de poder, ou qualquer outra razão) deveria de ser atendida.

annos de degredo para Angola, se fizerem assignar clandestinamente as suas Allegações por diferentes pessoas (...).”.

Esta preocupação de um processo judicial mais efetivo, como não poderia deixar de ser, incidiu nos poderes do relator da causa.

Apresenta-se digno de nota o Assento dado no ano de 1778, cuja preocupação com a celeridade processual servia, já naquela época, como justificativa em favor da decisão monocrática do juiz relator.

Aos 18 dias do mez de Julho de 1778 annos, na Mesa grande, em presença do Eminentíssimo e Reverendíssimo Senhor Dom João, Cardeal da Cunha, do Conselho d'Estado, Inquisidor Geral, e Regedor das Justiças, veio em dúvida, se as interlocutórias, que se houverem de proferir no Juízo dos Fallidos, ou no de qualquer dos outros Magistrados, creados pelo Alvará de Lei de 16 de Dezembro de 1771, devem ser despachadas em Relação com Adjuntos, como o mesmo Alvará determina a respeito das Sentenças definitivas, de que não há recurso ordinário, ou se devem ser despachadas somente pelo Desembargador Juiz Relator, para dellas dar agravo, visto que o dito Alvará nada dispõem expressamente a respeito dos despachos interlocutórios. E pela maior parte dos Ministros abaixo assinados se assentou, que, como na forma do dito Alvará o Ministro Relator deve julgar as causas a final com Juizes certos, deve regularmente proferir as Interlocutórias com os mesmos Juizes em Relação; porque de outra sorte se frustraria a intenção da Lei, que manda abbreviar os litígios, e que estes sejam, em beneficio do Commercio e da Republica verbal e summariamente sentenceados, e o que por um meio se prohiu, se não deve por outro facilitar; porém que desta generalidade se devem exceptuar os casos, que exceptua a Ordenação Liv. 3. Tit. 20. §.47; e também os em que o Juiz Relator indevidamente despachar por si só; porque nesses casos, e nos mais, em que deixar de observar a dita limitação da Ordenação Liv. 3. Tit. 20. §. 47, será permittido agravo para a Mesa grande, sendo o Relator livre, e intervindo sempre os Adjuntos certos: E para não vir mais em dúvida se tomou este Assento, que o dito Senhor assinou com os Desembargadores, que nelle votarão. Cardeal Regedor. Lemos. Preto. Botelho. Ferreira. Vasconcellos. Negrão. Fonseca Pinto. Fonseca. Emauz. Cunha. Maldonado. França. Quintella. Leitão. Castro. Mello e Sá.

Esta ampliação dos poderes do relator da causa, limitando o princípio da colegialidade, não durou muito tempo, seja por não ter havido considerável modificação da celeridade processual, seja pelo apego ao princípio da maior correção de decisões colegiadas¹.

Segundo o rito estabelecido nas Ordenações Filipinas (Livro 3, tit. 95, §14) sobre as atribuições do juiz relator (Valasc. Cons. 51, n. 19. *Pegas ad Regim. Senat. Palat.* §. 36, gloss. 93, n. 1, Silv. n. 5 et 7), o *regimen* jurídico determinava a necessidade de pedido de vista dos autos para se formar a petição ao Juiz Relator da última sentença (Arouc. *Alleg.* 60, n. 24, Silv. ad d. §. 24, n. 4).

Daí, não poderia a parte contrária opor-se à concessão dessa vista (Silv. ad d. §14, n. 8. *Pereir. de Revis* c. 17, n. 13). Se os autos se houvessem sido remetidos a outro juiz deveria o juiz da audiência dos agravos expedir precatório avocatório para fossem remetidos autos (*Pegas ad d. §36, n. 2, Pereir. d. c. 47, n. 9*).

O juiz nomeado para relator haveria de mandar dar vista às partes, a qual primeiro se continua ao recorrente, e depois ao recorrido (Mend. p. 1, L. 3, c 19, n. 14, *Pereir. de Revis. c. 79. n. Tomo II*).

Interpondo-se agravo do relator não conhecem dele os desembargadores de agravos, mas os mesmos juizes adjuntos nomeados pelo regedor para revisores, mudado somente o relator, em cujo lugar o regedor nomeia outro juiz (*Pereir. de Revis. c. 79, n. 17*).

¹ *Apud* PINTO, António Joaquim de Gouveia. Manual de apelações e agravos ou dedução systematica dos principios mais solidos.... Lisboa : Na Impr. Régia, 1820.

Depois das alegações das partes, o feito ia à conclusão do juiz relator que, após o exame, remetia aos demais juízes seguindo a ordem de nomeação os quais iriam apondo seus vistos (com a aposição de “visto” ou “tenho visto”¹ e assinando unicamente o sobrenome, sendo esta regra consuetudinária tipificada no Brasil através do Decreto de 03 de janeiro de 1833.

Nos casos em que o desembargador ou o julgador não guardasse ou cumprisse as Ordenações, nula seria sua decisão, haveria de pagar à parte a quantia de vinte cruzados, e haveria de ser suspenso, sendo ainda considerado suspeito às partes nos feitos em que ulteriormente fosse juiz.

Guardando o desembargador dúvida quanto à Ordenação deveria levar o caso à mesa, e, com os outros, deveria dar a sentença, hipótese esta em que o tribunal deveria escrever a hipótese no livro da Relação para depois não vir em duvida novamente (v.g. Lei de 18 de Agosto de 1769, §6º).

Quando nas mãos de algum Desembargador se vencesse alguma questão incidente, com fito de se evitar dilações lançar-se-ia desde logo a decisão, para fazer assinar quando aos demais incidentes o Juiz Relator, conforme o supracitado assento de 02 de Agosto de 1639.

O último juiz nomeado para a revista remetia os autos novamente ao relator, para que, por fim, este os levasse ao Tribunal para conferência com os juízes adjuntos e se lavrasse a decisão².

Assinado o dia, o Relator expunha em Relação, assistindo todos os seus pares e se escrevendo a sentença segundo a decisão vencida por maioria de votos.

Nesta ocasião todos os juízes assinavam a decisão ainda que fossem aqueles que dessem votos em contrário.

Se as sentenças se confirmassem, fazia-se logo na mesma sentença da revista a condenação da perda da caução (Ordenações Filipinas, Livro III, Título XCV, número 2, e o Regimento do Desembargo do Paço, §38).

Posteriormente, interposto o recurso, os autos eram conclusos ao Presidente que os distribuía ao Desembargador a quem optasse, e seguia-se o procedimento nos termos dos artigos 29 e 30, do Decreto de 4 de Março de 1841.

Eventualmente interpostos embargos, estes iriam conclusos ao Desembargador que foi relator no feito, a quem incumbia conceder prazo de cinco dias improrrogáveis a cada parte para impugnação e sustentação, e tornando os autos conclusos com isso ou sem manifestação, designava o denominado “Dia de aparecer” no qual o Desembargador a quem foi distribuído o feito faria observar o disposto nas Ordenações, Livro III, Tit. 68, §3º, 5º e 6º, para o preparo do processo, e concluídas essas diligências, proceder-se o julgamento.

¹ A semelhança do disposto no artigo 552, § 3º, do Código de Processo Civil vigente. Sobre o tema, vide o REsp 72.520 – São Paulo.

² A regra entabulada nos costumes veio a ser no Brasil – e apenas no Brasil visto já haver este se tornado na ocasião um Estado independente – regulada pela Lei de 03 de dezembro de 1841, art. 122, que definia que os despachos dos agravos nas Relações haveriam de “ser proferidos pelo relator e dois adjuntos: e não poderiam ser embargados ou sujeitos a qualquer outro recurso”.

2. Apontes históricos dos poderes do relator DA CAUSA – Direito brasileiro

Ainda que desprendido do Direito lusitano, o sistema processual brasileiro em nada alterou os poderes conferidos ao relator da causa até a primeira metade do século XX¹.

Tem-se, pois, que a Resolução 737, de 1850, a Consolidação Ribas e o Código de Processo Civil de 1939 em nada alteraram os poderes conferidos ao relator da causa que anteriormente era dado, privilegiando o princípio da colegialidade então vigente a todas as hipóteses.

Entretanto, sob o mesmo argumento ora utilizado por ocasião do atual anteprojeto cuja comissão veio a ser presidida pelo Ministro Luiz Fux, do asoberbamento do Poder Judiciário e da necessidade de incremento do relator como meio para acelerar a tramitação processual, foi, sob a presidência do Ministro Antonio Carlos Lafayette de Andrada em sessão plenária realizada em 28 de agosto de 1963, aprovada a Emenda Regimental que alterou o dispositivo que previa que as causas seriam julgadas por Turmas de cinco juízes (artigo 15) do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal incorporando dentre as atribuições do relator da causa a possibilidade de arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente; e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência.

No ano de 1963, aprovou-se a súmula 322 no Supremo Tribunal Federal, definiu-se que “não terá seguimento pedido ou recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, quando manifestamente incabível, ou apresentado fora do prazo, ou quando for evidente a incompetência do tribunal”.

Durante o julgamento do Habeas Corpus 42.958-SP, no dia 21 de março de 1966, o então ministro do Supremo Tribunal Federal, Prado Kelly tratou da extensão do teor da referida emenda, atenuando-o e adequando a função da jurisprudência predominante da corte. O fundamento de mitigação da extensão da emenda regimental, e consequentemente dos poderes conferidos ao relator da causa, teve o seguinte fundamento:

“Atenuando a rigidez do primitivo texto, a de interpretar como “facultativas” as prescrições do art. 15 de Emenda de 26.8.63, não só porque nele se ressalva o procedimento de revisão, senão ainda porque se enseja interposição de agravo (art. 15, parágrafo 1º). Afastou-se, portanto, o risco da revivescência de editos pretorianos (Fr. 2. 1.º D. 1,2; Mackeldey, Elementos do Direito Romano, §§ 30 e 32; P. Kruger, História, fontes e literatura do Direito Romano, p. 35 e a.) ou de “assentos do Supremo Tribunal de Justiça” (D. 2.684, de 1875, a n.º 6.142, de 1876; Lei de 18.9.1828, art. 19), na esteira dos assentos das casas de suplicação (Ord. L. I, Tit. 4, g 1, Tit. 5, g 5.º; Lei de 18.8.1769, § 4.º; Ribas, Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 121 e s.), e que o Supremo Tribunal, desde a fundação da República, reputou inconstitucionais, no dizer de Macedo Soares, por não ter ele recebido tal poder nem do art. 59 da Constituição de 1891, nem do D. 848, de 1890, nem da L. 221, de 1894 (Conselheiro Candido de Oliveira, Legislação Comparada, p. 106). Atendeu-se tão-só a conveniência de evitar, quanto possível, a versatilidade nos julgados, tão censurada por Lafayette (Direito das Coisas, prefácio, p. IX), a de restituir a jurisprudência o valioso papel que desempenha na ordem jurídica (Paula Batista, Hermeneutica, g 51; Clóvis Beviláqua, Revista Trimestral, vol. 83, p. 338-9), sem se incorrer todavia nos perigos da estratificação abusiva nem da coerção reprovável”.

Se no anteprojeto de Código de Processo Civil apresentado pelo ministro Alfredo Buzaid previa-se como poder conferido ao relator unicamente no sentido de converter o agravo em diligência, com a promulgação do diploma em 1973, passou-se a prever:

¹ Sobre o tema aponta-se a obra CARVALHO, Fabiano. Poderes do relator nos recursos. São Paulo. Editora Saraiva. 2008.

“art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo¹ por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.

Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo”.

A alteração da redação original nos é explicada por José Carlos Barbosa Moreira:

“resultou de proposta do relator-geral da Comissão do Senado, sem. Accioli Filho, que a justificou asseverando que essa providência, que o Supremo Tribunal adotou no seu Regimento, pode ser estendida. Tem dado bons resultados”².

Com as modificações legislativas seguindo no sentido da ampliação dos poderes do relator da causa, seguiu a Lei Orgânica da Magistratura (Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979), prevendo:

“O relator julgará pedido ou recurso que manifestamente haja perdido objeto, bem assim, mandará arquivar ou negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo ou incabível ou, ainda, que contrariar as questões predominantemente de direito, súmula do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal. Deste despacho caberá agravo, em cinco dias, para o órgão do Tribunal competente, para o julgamento do pedido ou recurso, que será julgado na primeira sessão seguinte, não participando o relator da votação” (artigo 90, §2º).

Com a previsão conferida, o Supremo Tribunal Federal aprovou no ano de 1980 um novo regimento interno no qual previa em seu artigo 21, §1º:

“poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou for evidente a sua incompetência”

Através de emenda regimental ocorrida no ano de 1985, o Supremo Tribunal Federal passou a prever que poderia “o Relator, em caso de manifesta divergência com a Súmula, prover, desde logo, o recurso extraordinário” (artigo 21, §1º).

Em 1986, os juristas Athos Gusmão Carneiro, Luiz Melíbio Uiracaba Machado e Ovídio Baptista da Silva apresentaram projeto de reforma do artigo 557, prevendo a possibilidade de negativa de seguimento de recurso de agravo e de apelação pelo relator quando este verificasse ostensiva inadmissibilidade ou manifesta improcedência.

No âmbito da justiça do trabalho, incorporou-se à Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei nº 7701/88, o parágrafo 5º no artigo 896, prevendo-se:

“Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao Recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade da representação, cabendo a interposição de Agravo”

Instituindo normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, a Lei 8.038/90 disciplinou em seu artigo 38:

¹ *Rectius*: negar seguimento.

² In BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Liber Juris. 1974. Páginas 196 e 197.

“O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”.

Seguindo o mesmo caminho então aberto, seguiu-se a Lei nº 9.139/95 regulando no Código de Processo Civil a aplicação dos poderes do relator da causa. Passou a disciplinar o Código em seu artigo 557:

“Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. Parágrafo único - Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia”.

Por fim, restringiu-se ainda mais o princípio da colegialidade com o advento da lei nº 9.756/98 que deu ao artigo 557 do Código de Processo Civil sua redação atual:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”

3. Princípio da colegialidade no anteprojeto de novo Código de Processo Civil

Dentre a nova regulamentação sobre os recursos proposta pelo anteprojeto de novo Código de Processo Civil, destaca-se a redação do artigo 853 que assim dispõe:

“Artigo 853. Incumbe ao relator:

I – dirigir e ordenar o processo no tribunal;

II – apreciar o pedido de tutela de urgência nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

III – negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que afrontar:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de tribunal superior ou do próprio tribunal;

b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos;

IV – dar provimento ao recurso se a decisão recorrida afrontar:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de tribunal superior ou do próprio tribunal;

b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos;

V – exercer outras atribuições estabelecidas nos regimentos internos dos tribunais.

§ 1º. Da decisão proferida nos casos dos incisos III e IV caberá agravo interno, no prazo de quinze dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator incluirá o recurso em pauta para julgamento.

§ 2º. Quando manifestamente inadmissível o agravo interno, assim declarado em votação unânime, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

Tem-se, portanto, que o anteprojeto segue o caminho trilhado de redução do princípio da colegialidade sob o argumento de que o incremento dos poderes do relator da causa aceleraria a marcha processual.

Ocorre, entretanto, que, a nosso ver, ao se ampliar demasiadamente as funções do relator, deixa ele de ser relator da causa, até mesmo por que deixa de ter a quem relatar salvo a si próprio, passando a revestir-se de um juízo monocrático de segunda instância.

Cabe, partindo-se da análise histórica do princípio da colegialidade, questionar até que ponto deve se buscar a celeridade dos trâmites processuais.

Segundo a experiência lusitana, identificou-se após um período historicamente curto, suprimir-se a reflexão colegiada em nome da pretensa celeridade (ainda que comprovada na experiência recente) de uma das fases do curso processual pode representar um custo muito mais alto do que o benefício que dele se espera.

Bibliografia

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Liber Juris. 1974.

BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistemado Código de Processo Civil. 2ª edição revista e aumentada. Editora Saraiva. São Paulo. 1956.

CARVALHO, Fabiano. Poderes do relator nos recursos. São Paulo. Editora Saraiva. 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Lusitano. São Paulo. Revista do Tribunais. 2009.

HERCULANO, Alexandre. *Portugalliae Monumenta Historica : o saeculo octavo post christum usque ad quintumdecimum. Leges et consuetudines*, v. I fasc. III ao v. I fasc. VI. Lisboa. (1863-1868).

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VII. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1975.

PORTUGAL. Collecção chronológica dos assentos das casas da supplicação e do cível. Coimbra. Real Imprensa da Universidade. 1817.

PINTO, António Joaquim de Gouveia. Manual de apellações e agravos ou dedução systematica dos principios mais solidos.... Lisboa. Impr. Régia, 1820.

PORTUGAL. Ordenações e leis do reino de Portugal. Coimbra. Real Imprensa da Universidade. 1833.

RIBEIRO, José Anastasio de Figueiredo. Synopsis chronologica de subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portugueza, desde 1143 até 1603. (Acad. real das sci. de Lisboa). Lisboa. Academia Real das Sciencias. 1790.

SÁ, Eduardo Alves de. Supremo Tribunal de Justiça - evolução histórica d'esta instituição e apreciação de sua essencia e modo de ser actual. 2ª edição. Lisboa. Typ. De Christóvão Augusto Rodrigues. 1888.

SUZANO, Luiz da Silva Alves de Azambuja. Digesto brasileiro ou extracto e commentario das ordenações e leis posteriores até ao presente. 2ª edição. Volume I. Rio de Janeiro. Editora Eduardo & Henrique Laemmert. 1856.

Doutrina

O Ser das Regras, das Normas e dos Princípios Constitucionais.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

I - O CONFRONTO ENTRE REGRAS E NORMAS

1. Premissa

1. Robert Alexy, na sua prestigiada teoria dos direitos fundamentais, sob a influencia de Ronald Dworkin, cunhou a tese de que *princípios e regras* são empecíeis de *normas*.

Essa teoria já tem sido criticada, mas não é nossa intenção criticá-la, mas apresentar outro paradigma, outro modo de entender a questão. Ou seja, queremos mostrar que há bases filosóficas e doutrinárias, para concluir que, ao contrário, o termo *regra* é que tem abrangência maior, sendo “norma” uma espécie de regras.

2. Regra e norma

2. Essa afirmativa tem uma fundamentação histórica e uma fundamentação onto-deontológica.

2.1. A *fundamentação histórica* mostra que o termo *regra* é que, desde o direito romano, exprime as disposições jurídicas de qualquer natureza, prescritivas ou não prescritivas. A palavra *norma* não tinha nenhuma função no direito romano, nem seu significado de “esquadro”, “esquadria” se prestava a isso. Só mais tarde, o termo “norma” aparece na literatura latina, no sentido figurado de *modelo*. É uma constatação interessante, porque daí é que pode ter vindo o seu sentido jurídico como regra ou modelo de conduta. A palavra latina que exprimia disposições jurídicas, no direito romano, era *regula*, de onde *regra*¹.

¹ Cf. Digesto Livro 50, Cap. XVXX, 1. Paulus. “Regulae est, quae REM, quae est, breviter anarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula Fiat. Pir regulam igitur brevis rerum norratio traditur, et (ut ait Sabinus) quae causae conectio est: quae, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum” que pode traduzir como: “Regra é a proposição que o objeto tal qual é, de modo breve. Não é da regra que promana o direito, senão com base

A fundamentação histórica mostra que *regra* sempre foi o termo usado para exprimir uma disposição jurídica. Mesmo quando, tardiamente, o termo *norma* perdeu seu primitivo sentido jurídico, o termo *regra* continuou a ser empregado na ciência jurídica com aquela mesma acepção, e os dois vocábulos eram empregado como sinônimos, até que Kelsen deu ao termo *norma* uma conotação diversa, ao conceder o direito como “sistema de normas que regulam a conduta humana”.² “ O termo ‘norma’ exprime a idéia de algo deve ser ou acontecer”. “ A norma é um *dever-ser*”; ³ “ a norma constitui uma prescrição”.⁴ O dever ser Kelseniano vem de Kant, com a terminologia trocada. Onde Kant fala de *regra*, Kelsen fala de *norma*.

“A regra prática [diz Kant] é sempre um produto da razão, porque ela prescreve como visada a ação enquanto meio para um efeito. Mas para um ente, cuja razão não é total e exclusivamente o fundamento determinante da vontade, essa regra constitui um imperativo, isto é, uma regra é caracterizada por um dever ser...”⁵ Na sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen não costuma usar a palavra “regra”,⁶ mas ele o faz propositadamente na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, quando discorre sobre o *dever ser*. E aí a norma aparece como espécie de regra. “Uma ‘norma’ é uma regra que expressa o fato de que alguém deve proceder de certa maneira, sem que isto implique que outro realmente ‘queira’ que o primeiro se comporte de tal modo”.⁷ Ele mesmo diz que emprega o termo “regra” no sentido descritivo, não no sentido prescritivo⁸. O mesmo é dizer que não o emprega como “ norma”.

no direito existentes é do direito, tal como é, que se faz a regra. Por meio da regra, pois, se faz uma breve narração das coisas, e, como diz Sabino, é como uma réplica da causa, que ao mesmo tempo que se torna viciada, perde a sua eficácia”, versão baseada na tradução de Rubem Limongi França, Brocardos Jurídicos, As Regras de Justiniano, 2ª ed., São Paulo, RT, 1969, p.51.

² Cf. HANS Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., v.I Coimbra, Armênio Editor, 1962, pp. 7 e 140, trad. De João Baptista Machado. Na versão francesa, *Théorie Purê Du Droit*, Paris, DALLOZ, 1962, pp. 6 e 104, trad. De Charles Eisenmann.

³ Cf. *Teoria Pura do Direito*, cit., pp. 7 e 9.

⁴ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1986, pp. 1-3, trad. De José Florentino Duarte.

⁵ Emanuel Kant, *Critica da RAZÃO Prática*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 69, edição bilíngüe, trad. Valério Rohden. Ou ainda, *Critica da Razão Prática*, 2ª ed., São Paulo, Brasil Editora, 1959, p.40, trad. De Afonso Bertagnoli. No original: “ Die praktische Regel ist jederzeit ein Produkt de Vermunft, weil sie Handlung, als Mittel sur Verkung, als Absicht vorscheibt. Diese Regerl ist aber eien Wesen, be idem munft nicht ganz, d .i eine Regel, die durch ein Sollen...” (cf. Immanuel Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, Frankfurt am Maim, Werkausabe Band VII, Herausgegeben Von Wilherlm Eischedel, Surkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1974, p.126.

⁶ Na verdade, usa uma vez.

⁷ CF. Hans Kelsen, *Teoria General Del Derecho y Del Estado*, 2 ed. México, Imprenta Universitária, 1958, p.41, trad De Eduardo Garcia Maynez: Uma norma es uma regla que expressa el hecho de que alguien debe proceder de cierta manera, sin que esto implique que outro realmente `quiera` que el primeiro se comporte de tal modo.” Cf. Hans

2.2 Essas fórmulas de Kelsen nos encaminham para aquela *fundamentação* que chamamos onto-deontológica. Quando declara que uma "*norma*" é uma regra que *expressa o fato de que alguém deve proceder de certa maneira*, está indicando duas coisas: 1) a *norma é uma espécie regra* com a característica indicada, o que, por outro lado, indica a existência de regras com características diferentes; 2) a regra que expressa o fato de que alguém deve proceder de certa maneira é uma *regra prescritiva*, uma regra que exprime um dever ser, o mesmo é dizer: *é uma regra jurídica deôntica*; do que se conclui que existem regras que existem *regras jurídicas não deônticas*.

Kelsen ficou limitado por seu positivo formalista que o impediu de construir um sistema de regras jurídicas que seria de enorme importância para o conhecimento constitucional. A sua radical separação entre "ser" e "dever ser" não permitiu uma manancial de possibilidades no mundo da cultura, onde precisamente se dá o encontro e a compenetração entre valor e realidade, dever ser e ser.

3. Riscos do pós - positivismo

3. A teoria de Kelsen prestou enorme serviço à ciência jurídica, incluindo a ciência do direito constitucional. Mas sua purificação do direito, que expurgou dele certo ranço naturalista, psicologista e sociológico, desnudou a norma jurídica de tal modo que ela ficou reduzida a um tipo de *lógica jurídica* estritamente formal, num processo de formalização absoluta, bem descrito por Carlos Cossio:

"Kelsen desenvolve o tema pureza metódica sobre a base das purificações. A primeira contrapõe o ser da Natureza ao dever ser em sentido amplo, sem mais apoio do que a tradição kantiana (...). Esta purificação tende a eliminar todo naturalismo da ciência jurídica. A Biologia, a Psicologia, a Sociologia ficam expulsas; Kelsen fica com o dever ser. Mas logo vem

Kelsen, Teoria Generale Del Diritto e dello Stato, 5 ed, 1ª reimpressão, Milano, Etas Libri, 1974, trad. Do Inglês de Sergio Cotta e Giuseppino Trves: "Uma norma è una regola Che esprime il fatto Che taluno deve agire in una determinata maniera, senza implicare Che qualcuno `voglia` realmente Che tale persona agisca in qualla maniera" (p. 35).

⁸ Idem ibidem, 107; a versão francesa até usa a palavra regra: "Les règles du droit constitutionnel offrenun exemplo typique de cette categorie de normes, qui sont invoquées comme argument contre l`inclusion de l`élément de contrainte Dan La notion de droit" (cit, p. 69); idem , p. 320. "Cette formulation de La proposition de droit fait ressortir La position qu`occupe à intérior d`um ordre juridique Lê droit dit constitutionnel – c`ert-à-dire les normes qui reglent la création des normes juridiques générales". Idem no versão portuguesa, p. 90.

uma segunda purificação; agora, dentro do próprio ser, que contrapõe o dever ser lógico ao dever axiológico. Essa outra purificação tende a eliminar toda axiologia da ciência jurídica. A Religião, a Moral, a Política ficam expulsas. Kelsen fica com o dever ser lógico: a imputação é a verdadeira categoria do conhecimento jurídico”⁹.

4 .A famosa obra de Ronald Dworkin (*Tomando o Direito a Sério*) foi escrita contra qualquer positivismo, ainda que dirigida especialmente ao positivismo de Hart.¹⁰ Sua estratégia para atacar o positivismo foi precisamente o estabelecimento da teoria dos princípios como categoria diversa das regras e das “Policies”.¹¹ A partir daí é que Robert Alexy formulou a sua teoria dos princípios como parte de sua teoria dos direitos fundamentais. Essas duas estratégias antipositivistas aliaram-se a duas outras de fundamental importância: *a teoria material da Constituição e do culturalismo jurídico*. Tais movimentos é que constituíram aquilo que passou a denominar-se de pós-positivismo de que o tempo não nos permite tratar aqui.¹²

II – REGRAS DOS JOGOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

4 . Regras dos Jogos: Gregório Robles.

5. A teoria do direito na raro à *regras dos jogos* com um processo auxiliar da compreensão das regras jurídicas, assim, p. ex. John R Searle (não jurista), Alf Ross e Joseph Raz. Não temos tempo para expor aqui suas concepções. Vamos ficar só com Gregório Robles.

Gregório Robles resolveu as dúvidas e as ambigüidades de Raz no seu livro instigante sobre as regras do *direito e as regras dos jogos*.¹³ Ele utiliza o xadrez e o futebol. Vamos limitar nossa pesquisa ao jogo de futebol, onde se descobrem três tipos de regras:

⁹ Idem ibidem, pp 99 e 100.

¹⁰ Cf Taking Rights Seriously, cit, “Introdução”, p. IX: “ The most powerful contemporary version of positivis is that proposed

¹¹ Cf. . ob. Cit, pp. 22s.

¹² Cf. “A nova interpretação constitucional”, em George Salomão Leite, Dos Princípios Constitucionais, 2º ed. São Paulo, Método, 2008, p. 66; na Conclusão n. III, pp. 87 e 88, os autores oferecem o conceito com bastante diferença.

¹³ Cf. Las Reglas Del Derecho y las Reglas de los juegos, México, UNAM, 1988.

- a) as regras de organização do espaço;
- b) as regras do procedimento;
- c) as regras de conduta,

As primeiras são regras de criação do ser, de organização do espaço onde o jogo se dá, sem elas o espaço não existirá e assim nem existirá e assim nem existirá o jogo, são regras *ônticas*. As segundas são regras de produção do jogo, são regras disciplinadoras do processo de jogar, sem elas o jogo também não se produz, são *regras de procedimento*. Vale dizer, ambas são regras *necessárias*, porque sem elas o jogo não existirá. As terceiras são regras de conduta, que, mesmo sendo infringidas, não interferem com a existência do jogo, porque apenas provocam sanções. São regras que proíbem ou obrigam modos de conduzir; assim, são regras que exprimem modalidades deônticas e, pois, regras prescritivas, logo: *normas de conduta*.

6. Há aí dois tipos de regras que orientam diretamente a ação de jogar, porque exigem determinada forma de ação: *as regras de procedimento* e *as regras de conduta*. O outro tipo não se dirige diretamente à ação, porque apenas disciplina o âmbito do jogo. O jogo é uma *convenção*, ou seja, algo que só existe porque em certo momento determinadas pessoas se puseram de acordo em torno de como haveriam de comportar-se daí por diante se quisessem jogar determinado jogo. Uma *convenção* pode ser definida como “um acordo entre dois ou mais homens em virtude do qual a partir de determinado momento algo é ou deverá ser de determinada maneira”. Vale dizer, o jogo é um ser, mas diferentemente de um ser natural ou de um ser lógico, é um ser *convencional*, pois tem sua origem em uma convenção. Antes disso, o jogo não existia. A convenção criadora do jogo é uma convenção criadora de um ser, posto que o jogo é um ser, uma coisa. Por isso, fala-se em convenção *ôntica*. “Ôntico” é um adjetivo de origem grega que se refere à estrutura do ser. *Convenção ôntica* é aquela que dá origem de um ser. Aqui, o ser é o jogo. Agora se entende, as regras que dão a organização do jogo, as regras que dão estrutura à convenção para que o jogo exista: são *regras ônticas*, porque definem a própria existência do ser, como as que definem a estrutura, a forma do tabuleiro do xadrez ou a estrutura, forma do campo de futebol, são regras que exprimem uma necessidade, no sentido de que são necessárias para que o jogo exista, porque criam o espaço em que o jogo deve realizar-se; por isso, como foi dito, são regras ônticas, regras que se expressam mediante o verbo ser. Bem, mas o jogo não existe apenas com a criação do espaço (tabuleiro, campo, mesa de tênis, mesa de bilhar etc.) em que se vai jogar. O jogo existe para ser jogado, e a ação de jogar é regulamentada também por regras que definem como jogar corretamente, regras que definem como proceder na ação de jogar; são, por isso, regras *técnicas*; regras que definem o procedimento, por isso, *regras de procedimento*. Veja-se que,

aqui, as regras se dirigem diretamente à ação de jogar, porque definem a forma da ação dos jogadores durante o jogo. Também essas regras são regras da necessidade, regras necessárias, porque sem elas o jogo não existirá, porque não pode ser jogado. Os jogadores têm que atender a essas regras técnicas, que se proceda de acordo com elas, para que o jogo exista corretamente. Quer dizer, *é necessário* que se atenda as regras técnicas, que se proceda de acordo com elas, para que o jogo seja jogado. Isso significa que as regras técnicas se expressam pelo núcleo do verbo *ter que*. “Ter que” supõe uma necessidade não uma simples possibilidade.

7. Ora, vimos que há um terceiro grupo de regras que são regras de comportamento, mas não dizem respeito à existência do jogo, que são regras que definem a conduta dos jogadores na ação de jogar. São *regras de conduta*. São, por isso, regras possíveis de serem desrespeitadas, sem que isso interfira com a existência do jogo, porque são aqueles que disciplinam possíveis falta dos jogadores. São regras que dizem que os jogadores *devem ser* leais, *devem jogar* o futebol com os pés, salvo o goleiro etc. São regras que supõem a *possibilidade* de os jogadores cometerem faltas e assim ficarem sujeitos à sanção. São, por isso, regras que expressam um *deve ser*. Por isso são chamadas *regras deônticas*. “Deôntico” é um adjetivo de origem grega que se refere ao *comportamento* ético. Não ao comportamento técnico. Por isso as regras deônticas são normas de conduta cuja infração pode gerar sanção.

5. Regras de direito constitucional

8. Cabe agora a indagação quanto, a saber, se as *regras do direito constitucional* se enquadram no sistema que acaba de ser descrito. Começamos pela observação conhecida de que as regras de direito constitucional integram uma Constituição, e esta é o produto da atuação do poder constituinte. Se observarmos bem, podemos verificar que as formas de criação do jogo recordam a maneira de conduzir-se do legislador constituinte. Um grupo de pessoas, representando o povo, convém na organização do Estado e seus poderes de uma determinada forma, por meio de regras que introduzem na Constituição. se convém, concordam, ajustam-se é porque estão convencendo alguma coisa, estão fazendo uma *convenção*. Aliás, uma das formas de atuar do constituinte é a Convenção. A Convenção de Filadélfia que produziu a Constituição dos Estados Unidos.

6. Três tipos de regras constitucionais

9. Voltemos à regra do jogo. Vimos que, no futebol, encontramos três tipos de regras: *regras ônticas*, *regras técnicas de procedimento* e *regras deônticas ou normas*. Transposto isso para o campo constitucional tem-se que *regra constitucional ôntica* é aquela que estrutura um ser constitucional. Não se trata da criação de um ser natural. Uma constituição é uma forma de convenção, portanto os seres que ela institui são seres convencionais. Então, as regras constitucionais ônticas definem seres de natureza constitucional; são regras constitucionais ônticas por definirem a própria existência de um ser constitucional, sem as quais esse ser não existiria como tal constitucionalmente estabelecido. “Por meio de regras ônticas, cria-se a coisa ao mesmo tempo em que se a denomina”.¹⁴ O *Estado Federal* é um ser constitucional, porque, se a constituição não o definisse como tal, ele não existiria. Os *poderes do Estado* são divididos na forma prevista, porque uma regra ou mais regras constitucionais assim o fizeram.

10. O que queremos mostrar é que, no direito constitucional, também esses três tipos de regras são encontradas. Começamos por uma pequena discordância em relação a Luís Roberto Barroso, quando diz que as regras de organização não se destinam a disciplinar comportamentos de indivíduos ou grupos. Pois, todas as regras jurídicas se destinam a disciplinar o comportamento humano. A diferença está em que umas disciplinam diretamente a ação humana, enquanto outras só o fazem de modo indireto, porque não são regras que estabelecem exigências de conduta. Por isso, é certo que não são regras de conduta, mas são regras que criam pressupostos necessários ao desenvolvimento de condutas queridas juridicamente, porque a ação requerida só é possível mercê da preexistência dessas regras que estabelecem a organização do âmbito em que se realiza a conduta juridicamente ordenada. Por exemplo, a regra constitucional, segundo a qual a *República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal* não disciplina conduta humana, por si. Trata-se de uma regra de organização do *Estado brasileiro*, que é o tabuleiro em que se movem as peças da vida brasileira, é o campo onde os membros da sociedade brasileira jogam, porque é espaço dentro do qual o poder de império atua sobre os bens e pessoas. É uma regra de organização do Estado, em forma de federação, e do governo, em forma de República. Ela é *regra ôntica*, porque atua sobre uma realidade existente: um território estatal, organiza esse território. Cria ou recria o Estado brasileiro; define sua forma e a forma de seu governo. Constitui a Federação e a República. O próprio território só é território porque é o âmbito de validade de ordenamento jurídico.

¹⁴ Cf. Gregoria Robles, ob cit., p. 137.

11. Vimos que o jogo é pra ser jogado em busca de um resultado. O xadrez se joga movendo as peças. O jogo é um confronto que se desenvolve com tática e combinações à vista dos objetivos a serem alcançados e a cada passo cada jogador tem que tomar decisões e é essa sucessão de atos e decisões parciais que constitui a essência do procedimento.

12. No jogo constitucional, as coisas se passam de modo bastante semelhante. Os jogadores, homens do poder, têm em mente a realização de um programa governamental que se consegue por via de decisões do Poder Legislativo e do Poder Executivo, para o que têm que executar atos aos quais se chega por meio de procedimentos regulados por regras constitucionais; regras que definem procedimentos mediante os quais se elaboram as decisões. Regras que regulam as atividades daqueles que têm que tomar decisões. A Constituição está repleta de regras de procedimento, p. ex., para a intervenção nos Estados (art. 36), a decretação do estado de defesa e do estado de sítio (arts. 136 a 141), definem o processo legislativo e tantas outras.

13. O terceiro tipo de regras são as *deônticas*. Uma regra constitucional qualifica-se como *deôntica*, quando exprime algum modo deôntico *obrigatório, proibido e permitido*, manifestações do dever ser que é o operador específico da regra deôntica,¹⁵ que é a *norma*. Isso quer dizer, em suma, que as regras constitucionais deônticas são regras de conduta pelas quais se definem direitos e obrigações das pessoas e entidades. Regras que contêm um *deve ser*, porque dizem que a conduta *deve ser* deste ou daquele modo. Não dizem que ela é deste ou daquele modo, nem dizem que ela *tem que ser* assim ou assado. Por isso é que as *regras constitucionais deônticas* são as típicas *normas jurídico-constitucionais*. *Normas* porque contêm preceitos a serem observados. São regras de conduta, porque disciplinam o comportamento dos sujeitos da ação. Por isso, são *normas* porque são regras diretas de ação que exigem determinado comportamento, sob pena de possível sanção específica.¹⁶

Assim são as regras integrantes da declaração constitucional dos direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana, ou seja: *direitos individuais* (art. 5º); *direitos coletivos* (art. 5º), *direitos sociais* (arts. 6º e 193 ss), *direitos à nacionalidade* (art. 12) e *direitos políticos* (arts. 14 a 17). Estas são as típicas normas constitucionais porque exprimem modalidades deônticas; exprimem *deve ser*, prescrevem condutas como devidas.

7. Os princípios.

14. A questão é: onde estão os princípios nesse esquema? Antes de mais nada tentemos desmistificar o termo *princípio*, sem necessidade de recorrer a Aristóteles. Toda ciência se

¹⁵ Cf. Lourival Vilanova, *Estrutura Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, cit., p. 70, com a diferença de que não fala em "regra deôntica", mas em "proposição deôntica".

¹⁶ Cf. Gregório Robles, ob. Cit. P. 164.

fundamenta em uns quantos princípios. Mas ela não os inventa. *Princípios* são matéria de fato no sentido de que não são invenções teóricas, mas fatos reais.¹⁷ Não são criações artificiais, como pensam os positivistas.

15 . Fundamentemos esse entendimento. Toda sociedade humana possui certa bagagem cultural que se traduz em idéias comunitários e símbolos de consciência grupal. Aí o jogo das relações humanas, no entrechoque dos interesses, formam certos ideais particulares de justiça dotados de incipiente normatividade, “que se formam em virtude de valores que se projetam sobre fenômenos sociais variáveis, e precedem a *regrar de direito objetivo*, são os antecedentes natural das normas (regras) jurídicas promulgadas pelo legislador”.¹⁸ Essas representações, em verdade, são os princípios, em formação, a serem descobertos pelo legislador ou pela doutrina. “A descoberta final do princípio tem relevante importância para a ciência (diz Jhering), não somente por já se encontrar concentrada a unida toda a matéria jurídica existente, anteriormente dispersa, mas, também, porque uma vez encontrado e reconhecido, tornar-se-á fonte de novas regras de direito”.¹⁹ E aí um dado relevante: o *princípio com fonte das regras de direito*.

16. Podemos avançar um pouco mais. O direito se constitui e instituições: as instituições jurídicas. Toda instituição, assim também as jurídicas, se organizam em torno de uma idéia. E, como observa Margarita Beldiez Rojo: “A instituição se cria como consequência de que existe um valor da comunidade que determina que um tipo de problemas concretos se resolve outorgando a solução mais acorde com o mesmo. Isto é, porque existe já um princípio jurídico que exige esta solução”.²⁰

A experiência histórica mostra que primeiramente surge a “representação jurídica”, a idéia de uma instituição jurídica e, se essa representação, essa idéia, se amplia, começam os doutrinadores a preocupar-se com ela, especulando a seu respeito, ou o próprio legisladora institui e cria regras pertinentes, e assim, legisladores e doutrinadores oferecem as soluções possíveis para os diversos problemas que se apresentam.

O ser dos princípios constitucionais, como de qualquer princípio jurídico, se apresenta no *plano ontológico* e no *plano da linguagem*. No plano ontológico se trata de descobrir o princípio em sua estrutura material. No plano ontológico se trata de descobrir o princípio em sua estrutura material. No plano ontológico se trata de apreender o princípio no seu enunciado formal.

¹⁷ Cf. Eduardo Nicol, *Los Principios de la Ciencia*, 1º ed, 4º reimpressão, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 97 e 425.

¹⁸ Cf. Miguel Reale, *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, Livraria Martins Editora, 1940, p. 80. O autor mudou um pouco o texto em edições posteriores, cf.

¹⁹ Cf. ob cit., v. III, p. 97.

²⁰ Cf. Margarita Beldiez Rojo, ob. cit., p. 51.

17. O termo *princípio*, no plano ontológico, se refere a algo só captável intuitivamente, qual seja aquela *idéia-germe* e *idéia-força* das instituições jurídicas, *idéia-geratriz* das regras jurídicas que formam determinada instituição jurídica. Idéia que só revela, concretamente, depois da formatação da respectiva instituição jurídica (plano de linguagem), razão por que, não raro, se pensa que ela não precedente, mas conseqüente, ou seja, que não é dessa idéia que vêm as regras institucionais, mas destas é que se induz aquela. Há aqui uma inversão de planos. O plano da linguagem pode até explicitar o ser dos princípios que está no plano ontológico. A experiência jurídica, no entanto, prova que a idéia da instituição precedente.

18. A dificuldade de captar o sentido palavra “princípio” está na circunstância de que é um palavra que *conota propriedade universais*, tal como as palavras “ser” e “deve ser”, que, podem ser dotadas de propriedades simples e irreduzíveis, não se encaixam em gêneros, não podem ser espécies de nenhum gênero; por isso, são indefiníveis pelo método gênero/diferença específica.²¹ Quer dizer que os princípios não podem ser espécies de outro gênero, porque constituem aquilo que se chama de *summum genus*.²² A dificuldade que a doutrina tem encontrado para distinguir princípios e regras decorre do fato de ter-se posto princípio como espécie de normas do mesmo plano das regras. Por isso, as definições de princípios e regras de Robert Alexy só aparentemente se subordinam a relação espécies/gêneros, porque, em verdade, têm natureza de *definições operacionais*. Aliás, isso fica evidente quando ele reduz a definição de princípio a “*mandamentos de otimização*”,²³ destacando o resultado, não a diferença específica.

19. Como os princípios são começos, fontes e fundamentos das regras, é fácil concluir que sua natureza é a mesma das regras, por isso, aos três tipos de regras, correspondem três princípios, ou seja: a) *princípios constitucionais ônticos*, começo, fontes e fundamentos das regras ônticas; b) *princípios constitucionais de procedimento*, começo, fontes e fundamentos de regras técnicas de procedimento; c) *princípios constitucionais deônticos*, começo, fonte e fundamentos de regras deônticas. Nessa teoria, a distinção sai traquila da relação entre o fundamento e o fundamentado.

8. Conclusão

20. Para concluir, só quero informar-lhes que esta exposição foi elaborada com passagens de vários capítulos de obra a ser publicada em homenagem aos meus noventa anos de idade, velhos e fiéis companheiros que me acompanham desde que nasci, mas,

²¹ “Definitio fit per genus proximum et differentiam specificam.”

²² Cf. Irving M. Copi. Introdução à Lógica, São Paulo, Mestre Jou, 1978, p. 127.

²³ Cf. Teoria dos Direitos Fundamentais, cit., p. 90

" Não me perguntem quantos anos tenho;
e sim,
quantas cartas mandei e recebi.
Se mais jovem, se mais velho ... o que importa,
Se ainda sou um fervilhar de sonhos,
E não carrego o fardo da esperança morta!

Não me perguntem quantos anos tenho;
E sim,
Quantos beijos troquei – Beijos de amor!
Se a juventude em mim ainda é festa,
Se aproveito de tudo a cada instante
E se bebo da taça gota a gota ...
Ora! Então pouco se me dá que gota resta!

Não me perguntem quantos anos tenho
Mas ...
Queiram saber de mim se criei filhos,
Queiram saber de mim que obras eu fiz,
Queiram saber de mim que amigos tenho
E, se a alguém, pude eu, tornar feliz.

Não me perguntem quantos anos tenho
Mas...
Queiram saber de mim que livros li,
Queiram saber de mim por onde andei,
Queiram saber de mim quantas histórias
Quantos versos ouvi, quantos cantei.

E assim, somente assim, todos vocês,
Por mais brancos que estejam meus cabelos,
Por mais rugas que vejam no meu rosto,
Terão vontade de chamar-me: **O MOÇO!**
E ao me verem passar verem passar aqui ... ali ...
Não saberão ao certo minha idade,
Mas saberão, por certo, que eu vivi!”

(Poema, O MOÇO de Moacyr Sacramento, em seu livro O Colecionador de Bequerenças, 3 ed, 2005. O autor é de Conservatória, bela cidade do Estado do Rio de Janeiro, onde todas são poetisas, todos são músicos, todos cantam, cidade tão musical, por isso denominada Capital Mundial da Seresta e da Serenata, e que poderíamos dizer que é Salesburg do canto popular).

Prof. Titular aposentado da FADUSP

Doutrina

A locação do imóvel urbano e seus novos modelos

Sylvio Capanema de Souza

As aceleradas e profundas transformações econômicas que vivemos, especialmente no campo do mercado imobiliário, estão a exigir maior dose de criatividade de todos os que nele atuam, nos seus diversos segmentos.

Os modelos tradicionais de compra e venda e locação já não são suficientes, surgindo novas relações, atípicas, a merecer cuidadoso estudo, quanto à sua natureza jurídica e disciplina.

Quando da elaboração do projeto da atual Lei do Inquilinato, na década de 90, já enfrentamos este desafio, em relação à locação de espaços em Shopping - Centers, que começavam a surgir no perfil urbano.

Depois de intensas vacilações doutrinárias e pretorianas, em que se discutiu se o contrato entre o empreendedor e o lojista seria de locação, decidiu-se, com acerto, subsumi-lo ao regime da Lei 8245/91, ainda que respeitando eventuais cláusulas atípicas, ajustadas entre as partes, como, por exemplo, o aluguel percentual, o 13º aluguel, em dezembro, e o respeito ao "tenant mix".

Esta solução garantiu aos lojistas o ajuizamento de ação renovatória, para preservar seu fundo comercial, caso não se lograsse um acordo quanto ao valor do novo aluguel, quando expirado o prazo do contrato.

Mas, por outro lado, também se transmitiu ao empreendedor a certeza de que o seu investimento contaria com justa remuneração, atualizada a cada quinquênio, para que sempre se mantivesse o aluguel a nível de mercado, o que permitiu a consolidação e o explosivo crescimento dos "Shoppings", hoje integrados aos perfis de quase todas as cidades brasileiras.

O razoável equilíbrio da equação econômica do contrato, que a lei procurou estabelecer, bem como a estabilidade jurídica que seus dezoito anos de vida proporcionou, produziram o milagre de pacificar um mercado que era o mais tumultuado e nervoso, na década dos anos 80.

Para isto também contribuíram, e muito, as corajosas soluções encontradas pela Lei 8245/91, visando a aceleração da entrega da prestação jurisdicional nas ações locatícias, cuja exasperante demora acirrava, ainda mais, os ânimos de locadores e locatários.

A lei do inquilinato, com o seu compromisso com o princípio da efetividade do processo, foi premonitória, abrindo as trilhas por onde, poucos anos depois, passaram as reformas do Código de Processo Civil.

Mas os dezoito anos de vida, como é obvio, deixaram suas marcas, percebendo-se a imperiosa necessidade de corrigir alguns rumos, para aperfeiçoar, ainda mais, os procedimentos a serem adotados nas ações locatícias, tornando-as mais ágeis e efetivas.

Isto explica o oportuno advento da Lei 12112/09, que criou novos e poderosos mecanismos processuais, para abreviar a solução dos conflitos locatícios.

Não é dela, entretanto, que nos ocuparemos, em que pese sua extraordinária importância para o mercado imobiliário.

Hipóteses bem mais intrincadas vão surgindo agora, para as quais o regime da Lei do Inquilinato não nos dá respostas adequadas e eficientes, mesmo com as modificações trazidas, em boa hora, pela Lei 12112/09.

Uma delas seria o que se denomina, no mercado, de “built to suit”, em que se conjugam as participações do vendedor de um terreno, um pretendente à locação futura, uma imobiliária, que pode acumular a função de construtora e investidores ou agentes financeiros.

Dentro deste esquema, altamente sofisticado e atípico, uma empreendedora adquire um imóvel, com ou sem financiamento, realiza por si ou por terceiros por ela contratados, a construção em estrita obediência à orientação da futura locatária, e, concluída a obra, cede à ela o uso do imóvel, por determinado tempo e aluguel previamente ajustado.

Em que pese a aparente semelhança, não se trata de mero arrendamento mercantil, em que se aluga um imóvel, assegurando-se ao locatário o direito potestativo de, ao final do prazo, e caso lhe convenha, adquirir o bem, por um valor residual, previamente avençado.

No modelo ora examinado existe uma promessa de locação de um imóvel preparado e construído seguindo as especificações do futuro inquilino e para atender às suas necessidades específicas.

Para o empreendedor há uma evidente vantagem, que é a de assegurar, por um tempo geralmente longo, o retorno do investimento, traduzido pelos futuros aluguéis, além do próprio imóvel, que passa a lhe pertencer.

Como se não bastasse, e em se tratando de considerável investimento, não corre o empreendedor o risco de permanecer o imóvel desocupado, após a conclusão das obras, o que importaria em ter que arcar com pagamento de impostos e taxas, além das despesas de conservação.

A garantia de locação imediata estimula a construção de imóveis cada vez maiores ou de características peculiares.

Para o locatário, o benefício ainda é mais evidente, qual seja, o de não precisar se descapitalizar, adquirindo um imóvel ou tendo de construí-lo, e ainda mais com a certeza de que ele atenderá às suas necessidades e peculiaridades da atividade econômica que nele desenvolverá.

Mas há um perigo evidente, como se verá, caso se submeta o contrato ao regime da Lei do Inquilinato.

O primeiro que vislumbramos está na regra inscrita no artigo 4º da Lei 8245/91, que assegura ao locatário o direito de denunciar, antecipadamente o contrato, devolvendo o imóvel ao locador, desde que pague a multa nele prevista, ou, na sua falta, a que vier a ser arbitrada judicialmente.

A praxe do mercado e da construção pretoriana é que esta multa não deve ser superior a três meses de aluguel, e, ainda assim, terá que ser reduzida, proporcionalmente ao tempo do contrato já cumprido, segundo a regra do artigo 413 do Código Civil. Acima deste valor, a jurisprudência consolidada considera a cláusula penal abusiva, a exigir redução.

Daí se depreende que se o locatário valer-se deste direito, devolvendo o imóvel sem que tenha decorrido um prazo razoável para o retorno do investimento do empreendedor, a multa não ressarciria o prejuízo, até porque o imóvel pode não se prestar às necessidades de outros interessados, permanecendo ocioso, com a incidência de impostos e taxas, como acima referido.

Não será difícil perceber que, nestes casos, seria preciso afastar a regra do citado artigo 4º, para admitir a cominação de multa que atenda à peculiaridade deste novo tipo de contrato, como por exemplo, a metade dos alugueis dos meses que faltam para o término do prazo, ou até mesmo a totalidade, como previa o Código Civil de 1916.

A devolução do imóvel, em pleno curso do contrato, tiraria do empreendedor – construtor o maior atrativo do negócio, que é a certeza da percepção dos alugueis, pelo prazo necessário ao retorno do capital investido.

Outra relevante questão é a da possibilidade do ajuizamento da ação revisional de aluguel, por iniciativa do locatário, após três anos de vigência do contrato. A eventual redução do aluguel poderá romper a equação econômica do contrato, que é das mais sensíveis e complexas, tendo em vista o considerável investimento realizado pelo empreendedor.

Para evitar esta possibilidade, deverão a doutrina e a jurisprudência validar uma cláusula contratual em que as partes renunciem ao direito de pedir a revisão, para que se preserve sua equação econômica, originalmente construída.

Como se vê, no sistema “built to suit”, e enquanto não se atribuir a este contrato uma disciplina legal, deve-se reforçar o princípio da autonomia privada, para que as partes possam estabelecer, de maneira minuciosa, as suas condições, afrouxando-se o dirigismo contratual, que se vislumbra na Lei do Inquilinato, embora sem deixar de considerar os princípios da boa-fé e da função social.

Uma solução emergencial seria aprovar e sancionar o Projeto de Lei nº 6562/09, que visa acrescentar à Lei 8245/91 o artigo 76-A, com a seguinte redação:

Artigo 76 A – Não se aplicam as disposições desta lei aos contratos em que a locação decorre de operação em que a contratada adquire ou constrói, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pela contratante e cede a ela o uso do imóvel por tempo determinado (built-to-Suit), salvo se as partes expressamente dispuserem em contrário.

O fato inconteste é que não se poderá tratar esta nova modalidade de negócio jurídico, com alto grau de atipicidade, com as mesmas regras até então praticadas em relação à locação comum.

Também será preciso que os juízes mitiguem a regra genérica do artigo 45 da Lei 8245/91, que fulmina de nulidade as cláusulas que visem elidir os objetivos da lei, tratando o sistema “built to suit” com os olhos sempre voltados para suas peculiaridades, pelo menos até que se possa atribuir-lhe uma disciplina legal própria.

Temos certeza que este novo modelo poderá alavancar o mercado incentivando a construção civil e a atividade comercial e industrial, em benefício de toda a sociedade.

Outra esperança de crescimento do mercado da construção civil e de locação são os Fundos Imobiliários, que se destinam ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, tais como a construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, e de projetos que viabilizem a sua locação, instituídos pela Lei 8668/93, regulamentada pela Instrução CVM 472/08.

Estes fundos asseguram Isenção de Imposto de Renda para as pessoas jurídicas que os integrem, e também para as pessoas naturais, desde que, para estas, as cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsa de valores ou mercado de balcão organizado.

Também se exige que o Fundo possua, no mínimo, 50 cotistas.

Inúmeras vantagens se oferecem ao investidor, tais como rentabilidade, liquidez, baixa taxa de administração, investimento inicial reduzido e fiscalização permanente à cargo da Comissão de Valores Mobiliários.

Segundo recentes informações da CVM já há em funcionamento 86 Fundos, com 5 bilhões e 300 milhões de Patrimônio Líquido e 9 bilhões e meio em ativos.

Este sistema autoriza a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários- CRI's, o que é da competência exclusiva das companhias securitizadoras, dos quais podem servir de lastro alugueis de Shoppings-Centers e alugueis comerciais, especialmente os decorrentes de operações estruturadas pelo sistema “built to suit”.

Ao tratar, ainda que em breve análise das perspectivas e desafios do mercado imobiliário e seus novos modelos, podemos ainda aludir ao direito de superfície, disciplinado no Estatuto da Cidade e no Código Civil de 2002.

Através deste novo direito real, que substitui, com vantagem, a vetusta enfiteuse, o proprietário de um terreno urbano ocioso, sem qualquer aproveitamento econômico, pode

ceder a terceiro, pessoa natural ou jurídica, a sua superfície, para que o superficiário nela construa, por um certo tempo determinado, findo o qual as acessões feitas passarão ao proprietário do terreno, sem direito à indenização.

Dependendo do prazo avençado, que há de ser necessariamente longo, o superficiário poderá construir unidades habitacionais para alugá-las, de tal maneira que, expirado o contrato e retornando o domínio ao proprietário do imóvel, os alugueis recebidos sejam suficientes para ressarcir o superficiário, quanto ao valor das acessões por ele feitas e ainda lhe garantir margem de lucro razoável.

Neste caso, o locador será o superficiário, titular da posse direta da superfície do imóvel, que estará legitimado para firmar os contratos, receber os alugueis e, eventualmente despejar os locatários.

Expirado o prazo da superfície, o proprietário, à nosso aviso, poderá denunciar a locação, invocando, por analogia, a regra dos artigos 7º e 8º da Lei 8245/91, salvo se tiver anuído expressamente com o contrato.

Não será difícil perceber que o uso da superfície poderá, quando melhor conhecido pela sociedade, modificar profundamente o perfil das cidades, permitindo o aproveitamento econômico de tantos imóveis que são mantidos vazios, aumentando, portanto, a oferta de unidades para locação, com a conseqüente redução do valor dos alugueis.

Finalmente não podemos nos esquecer da “venda- locação” (sale and lease back), em que o proprietário de um imóvel o vende, ajustando-se, no mesmo ato, a sua locação, figurando como locador o adquirente e locatário o antigo proprietário.

Opera-se, assim, uma interver da posse, o que permite ao anterior titular do domínio capitalizar-se.

Há poucos anos atrás, um conhecido e poderoso estabelecimento bancário publicou editais, oferecendo à venda centenas de imóveis seus, em diversas cidades brasileiras, onde estavam instaladas suas agências, propondo, imediatamente, alugá-los, passando os adquirentes a ser seus locadores.

Em todos estes casos o prazo avençado para a locação era bastante longo, quase sempre de vinte anos, e se inseria uma cláusula segundo a qual o adquirente- locador renunciava ao direito de ajuizar ação revisional, para aumentar o locativo, até o término do contrato.

Sustentava o alienante que, em compensação pela renúncia, o prazo da venda era abaixo do mercado, além do que o adquirente teria a garantia de contar com um locatário que lhe pagaria os alugueis pontualmente, durante toda a vida do contrato.

Ocorre que, com o passar dos anos, e em muitos casos, se apurou que as correções pelos índices oficiais se mostraram insuficientes para manter o aluguel a nível de mercado, ficando eles defasados, o que traduziria um enriquecimento indevido do locatário.

A discussão já desaguou nos tribunais, ainda não se tendo firmado uma posição majoritária.

Quanto à nós, entendemos que esta cláusula, representando uma renúncia prévia, com duração média de vinte anos, não pode se sobrepor à teoria da onerosidade excessiva superveniente.

Uma vez comprovado, através de perícia técnica, que se rompeu a equação econômica do contrato, é justo e imperioso que se restaure a comutatividade inaugural.

A cláusula nos parece abusiva, contrária ao princípio da boa-fé objetiva, representando uma renúncia prévia a um direito inerente à natureza do contrato, o que é fulminado pelo artigo 45 da Lei 8245/91.

Nem se invoque, em favor do locatário, que, neste caso, dispensa proteção especial, já que mais forte economicamente que o locador, o princípio do “pacta sunt servanda”, tendo em vista que está ele mitigado pelos novos paradigmas da boa-fé objetiva e da função social, que exigem que durante toda a vida do contrato se mantenha ele razoavelmente equilibrado.

Como se vê, grandes desafios já se apresentam, no campo da locação imobiliária, a exigir profundas reflexões.

Ainda que breves, esperamos que estes comentários, feitos muito mais para provocar o debate e espicaçar a criatividade, contribuam para o desenvolvimento do mercado, que está a exigir novas soluções, capazes de acompanhar as mudanças econômicas e o crescimento explosivo das cidades.

Membro do IAB

A Injustiça da Multa de 2% em razão de atraso do Pagamento de Cota Condominial

Arnon Velmovitsky

O Código Civil, vigente a partir de janeiro de 2003, reduziu a multa para atraso de pagamento de cota condominial de 20% para 2%, tendo como justificativa a queda da inflação e onerosidade excessiva do percentual até então praticado.

Após o transcurso de sete anos é possível constatar os efeitos maléficos a comunidade condominial de tal medida, vez que o devedor dá preferência ao pagamento de dívidas que tenham encargos maiores, tais como fatura de cartões de crédito, impostos federais, estaduais, municipais, etc.

A prevalência do direito coletivo em detrimento do direito individual é um dos princípios consagrados no Código Civil vigente.

A cota condominial nada mais é do que a parte que cada um paga do total das despesas condominiais, vez que condomínio não possui intuito de obter lucro, mas tão somente viabilizar o uso das unidades habitacionais que o integram.

Assim, ao desestimular o pagamento da cota condominial, com a aplicação de multa insignificante, o legislador trouxe para todos os demais condôminos indevido ônus, que muitas das vezes são forçados a re-ratear entre si a cota do condômino inadimplente, também em prejuízo de todos os seus vizinhos.

É chegada a hora de rever a legislação aplicada ao condômino inadimplente, trazendo novamente o indispensável equilíbrio nas relações entre vizinhos.

Presidente da Comissão de Direito Imobiliário do Instituto dos Advogados Brasileiros