Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035
A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.4, n.7, p. 1-99, nov. 2011

Belém/Pará
2011

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 1 29/8/2012 12:13:40

A imagem que ilustra a capa deste volume de A Leitura
é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJE, Des. Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder.
Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.

A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.
____ Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – . Belém: ESM-PA, 2008 – .
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 2 29/8/2012 12:13:40

Sumário

EDITORIAL 5

ENTREVISTA

Dra. Lilian Milnitsky 6

CONFERÊNCIA

A Administração Eficiente dos Tribunais Brasileiros e o Enfrentamento dos Obstáculos à Celeridade da Justiça 14
Milton Augusto de Brito Nobre

ARTIGOS

A Constitucionalização do Direito de Família 30
Antonio José de Mattos Neto

Uma Análise Constitucional do Fim da Separação Judicial e Extrajudicial 42
Caio Marco Berardo

Apontamentos sobre a Lei nº 11.101/2005: algumas das novas ferramentas introduzidas no direito brasileiro..... 50
Reynaldo Andrade da Silviera

O Paradigma Constitucional para o Desenvolvimento Urbano e o Necessário Planejamento Integrado para a Implementação de Políticas Públicas 68
Daniella S. Dias

Ronald Dworkin e a Unidade de Valor 76
Paulo de Tarso Dias Klautau Filho

POEMAS

A Justiça 88

Viagem de Amor 89

Para um Amor Distante 89
Stéleo Bruno de Menezes

RESENHAS

Direito Penal e Democracia 92
Ana Cláudia Bastos de Pinho, Marcus Alan de Melo Gomes

Introdução ao Biodireito 96
Raimundo Wilson Gama Raiol

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 4 29/8/2012 12:13:41

Editorial

A Leitura, revista semestral da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, consolida-se a cada dia e tem espaço garantido entre os estudiosos do direito. Não é mais um projeto que se pretende permanente, uma expectativa, é realidade fecunda com raízes profundas que atinge seu objetivo primordial de disseminar o conhecimento científico na área jurídica e ciências afins, procurando a interdisciplinaridade como elemento indispensável à produção de teses que, cada vez mais, se aproximam das demandas reais da sociedade.

Neste sétimo número são contemplados artigos de autores de reconhecida competência no cenário jurídico, que discorrem sobre temas atuais e instigantes como "A Constitucionalização do Direito de Família" em que o jurista Antônio José de Mattos Neto contempla todos os modelos familiares do direito contemporâneo, fundamentados na dignidade humana. Após, Caio Marco Berardo faz "Uma Análise Constitucional do Fim da Separação Judicial e Extrajudicial". Em "Apontamentos sobre a Lei nº 11.101/2005: algumas das ferramentas introduzidas no direito brasileiro", Reynaldo Andrade da Silveira faz um breve cotejo da nova e velha ordem jurídica falimentar, destacando novos institutos como a recuperação judicial, extrajudicial que podem auxiliar as empresas em crise econômica.

Daniella Dias, ao analisar o novo "Paradigma Constitucional para o Desenvolvimento Urbano", enfatiza as funções sociais da cidade e a ampliação das funções públicas, pelo ser humano como ator preponderante. Paulo de Tarso Dias Klautau Filho oferece uma leitura sintética e introdutória sobre a obra de "Ronald Dworkin e a Unidade de Valor", ao enfatizar questões de hermenêutica, ética, moralidade e política.

A matéria com a psicóloga Lilian Milnitsky sobre Entrevista Investigativa/ cognitiva registra o depoimento de crianças e adolescentes com técnicas apropriadas para que se recolham informações ajudando e respeitando-os, principalmente quando forem vítimas de violência sexual.

Conferência é uma nova seção de nossa revista, cujo 1º trabalho "A Administração Eficiente dos Tribunais Brasileiros e o Enfrentamento dos Obstáculos à Celeridade da Justiça" foi apresentado pelo Desembargador Milton Nobre no I Congresso Luso-Amazônico de Direito Privado, ocorrido em Lisboa, Portugal.

A ESM homenageia o desembargador e ex-presidente do TJPA, Stéleo Bruno de Menezes, ao publicar três belos poemas de sua autoria.

Mais um número de nossa A Leitura, para seu deleite, para você se perder e se achar entre as letras. "Ai palavras, ai palavras/ Que estranha potência a vossa" (Cecília Meireles).

BOA LEITURA!

Desembargador RÔMULO NUNES

Diretor-Geral da ESM-PA

Entrevista

Lilian Milnitsky*

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 6 29/8/2012 12:13:41

Por Raimundo Wilson
Gama Raiol
Diretor do Depto. Ensino e Pesquisa
ESM/PA

A.L.: Em que consiste a Técnica de Entrevista Cognitiva?

L.M.: A Técnica de Entrevista Cognitiva tem por objetivo investigar a respeito de fatos acontecidos, é dirigida a pessoas que, com base em sua vivência no registro de suas memórias, sejam capazes de recordar o que aconteceu. Se uma pessoa vivenciou o fato se poderá chamá-la para prestar depoimento, e ela o dará baseada no registro de sua memória. A técnica está fundamentada no registro da memória, neste princípio, daí porque é essencial recolher as evidências, o mais fidedignas possível, a partir de relatos dessas pessoas, sejam vítimas ou testemunhas.

A.L.: De que maneira é realizada está entrevista envolvendo crianças e adolescentes, vítimas de abusos ou violências sexuais, e as testemunhas desses fatos?

L.M.: Basicamente formando técnicos, capacitando-os nesta técnica que chamamos de investigativa, entrevista cognitiva, voltada para esse público, em que há uma alegação de violência ou abuso sexual. Na maioria dos casos, quando se faz um exame e não há nenhuma evidência física de que ocorreu o ato libidinoso, quando não se tem a prova material, mas a criança e/ou o adolescente alega tê-lo sofrido, o que se há de fazer? Há de se recolher, dá melhor maneira possível, evidências e para isto dispomos das lembranças. Então são usadas essas técnicas investigativas, desenvolvidas com base em estudos de como a memória funciona, como e quais são as maneiras mais apropriadas e melhores para que se recolham as informações, ajudando e respeitando a criança/adolescente.

Age-se como facilitador para ajudar a recolher as evidências, que muitas

> ***"A Entrevista Investigativa só terá melhor eficácia, quando feita nas condições apropriadas: salas especiais, gravadas, técnicos capacitados, lapso temporal mínimo entre o fato e a entrevista. Há de se gerar mecanismos na justiça que permitam a aplicação desta técnica."***

* Psicóloga, PhD em Psicologia Cognitiva pela University of Arizona/EUA. Professora titular da Faculdade de Psicologia PUC/RS. Pesquisadora em Processos Psicológicos Básicos e Psicologia do Testemunho.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 7 29/8/2012 12:13:43

vezes são as únicas que podem esclarecer os fatos e gerar medidas punitivas a quem cometeu o ato criminoso.

A memória pode falhar, – a falsa memória –, são lembranças que todos temos. Três coisas podem ocorrer em relação à memória: lembrar das coisas como realmente ocorreram, não lembrar e lembrar de fatos que

não aconteceram, mas que a pessoa acha que sim, que aconteceram. São lembranças de coisas diferentes do que se viveu, e são lembranças vividas, claras, são, pois, as falsas memórias.

Pode-se lembrar de coisas muito graves, por exemplo, uma criança lembra que o pai a molestou, abusou sexualmente, sem que isto tenha acontecido. Trinta anos de pesquisa respondem a esses fatos, a essa pergunta, e mostram que sim, que se pode tratar de falsa memória. Continuando o exemplo, os pais se separam e a mãe se sente rejeitada, muito magoada e começa, sem sentir, a desenvolver um sentimento de raiva, rancor contra o ex-marido, pai da criança, o qual tem com a filha um relacionamento normal, carinhoso, afetuoso. A mãe, então, involuntariamente, começa a fazer comentários contra o pai, que não fez a vontade da criança (não comprou pipoca, não lhe deu o presente desejado), cria um esteriótipo de que ele não é um bom pai, contrário à vivência da criança, mas a mãe insiste "teu pai foi grosseiro, ele te tocou? Onde, como ele fez?" Vai enchendo a cabeça da criança com perguntas e sugestões, isto pode levar a criança, no futuro, ao ser entrevistada sem a técnica apropriada, a alegar que o pai cometeu atos libidinosos - passar-lhe as mãos, acariciar-lhe em locais determinados - sem que de fato isto tenha ocorrido, ou seja, a fonte dessa falsa memória é externa, sem ser deliberadamente induzida pela mãe, que age sem essa intenção. Isto pode ocorrer em qualquer situação, porque nossa memória é reflexiva, ela trabalha com informações que permitem gerar falsas memórias.

A.L.: A pessoa que sofre um forte impacto, um abalo, um trauma, pode esquecer, por exemplo, um crime presenciado, cuja verdade não venha à tona, pode ser involuntariamente esquecido?

L.M.: Sim, há estudos sobre isso, que explicam que um trauma pode gerar um bloqueio de informações, de memória. Ela está lá, mas não pode ser acessada. Há um esquecimento, não é perda de memória, é dificuldade de acessá-la. Há pessoas que não se lembram do crime que testemunharam, para se protegerem do mundo, do sofrimento que a lembrança pode produzir, mas que, em um dado momento, em determinada situação, vem à tona, o branco de repente aparece, o que foi esquecido é lembrado.

Podem-se perder informações com o passar do tempo. Para uma criança de pouca idade, um mês é muita coisa. Com uma criança que sofreu abuso aos oito anos e que só vai ser entrevistada aos 10 anos, o

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 8 29/8/2012 12:13:44

que se poderá recolher com dois anos de intervalo? É o registro de memória de dois anos atrás, uma memória contaminada por coisas que lhe foram ditas, entrevistas em que se usaram técnicas inapropriadas. Para um adulto, embora não seja muito tempo, dois anos, é suficiente para que se perca a precisão da memória.

Se há um crime, o que se faz? Isola-se o local, recolhem-se as provas, para não contaminar o que existe lá. O mesmo se deve fazer com a memória, isolar para não contaminar e recolher as informações logo, o mais próximo possível do ocorrido, para não contaminar, e registrar, – por meio de técnicas apropriadas, as técnicas da entrevista cognitiva, com pessoas capacitadas, técnicos especializados –, recolher as impressões que a memória registrou. São perguntas baseadas nestas técnicas investigativas que protegem a memória, para que não seja contaminada ao se recolher a informação. As técnicas, por exemplo, não são perguntas diretas, se o fato ocorreu ou não, quem estava lá, se foi ou não foi feito isso ou aquilo.

A.L.: Que características arquitetônicas devem ter os ambientes destinados à realização da entrevista investigativa? Como e do que devem ser equipados esses ambientes?

L.M.: O ambiente deve ser propício para que testemunha e/ou vítima façam um esforço e se lembrem, realmente, do que ocorreu e, para isso precisam, principalmente, ter concentração, deve-se, pois, criar um ambiente em que não haja elementos que provoquem distração, sala especial, confortável, com temperatura ambiente boa, sem calor, nem frio, que não haja nada que o desconcentre, como brinquedos, equipamentos, pessoas, barulhos.

É preciso gravar a entrevista, porque o entrevistador tem que estar concentrado e tentar aplicar a técnica da melhor forma possível, para não contaminar o relato da testemunha ou vítima com suas perguntas e forma de fazê-las, ajudando para que a informação tenha o maior número de detalhes. O técnico tem que estar tranquilo, prestando atenção no entrevistado, em suas reações, gestos, atitudes, sem fazer anotações, daí ser necessário gravar.

Outra razão para gravar é que a forma como a pergunta é feita ao entrevistado e a resposta obtida dependem uma da outra, devendo-se prestar atenção ao contexto da indagação. Se a pergunta for mais sugestiva e induz a resposta, isto pode gerar uma resposta baseada em alegações falsas, não que a pessoa esteja

mentindo, mas por não estar se recordando do que de fato aconteceu, sendo, pois, uma falsa memória. O técnico, então, deve estar atento para que isso não ocorra. É preciso registrar como a pessoa entrevistada foi estimulada ao dar a resposta.

O processo deve continuar em constante aperfeiçoamento. A Técnica de Entrevista Investigativa não é uma técnica de conversação comum com adultos e com crianças. Exige, pois, constante aperfeiçoamento, é necessário que o profissional volte à entrevista que

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 9 29/8/2012 12:13:44

foi gravada e, junto com colegas e sob a supervisão de um profissional, aponte os aspectos que devem continuar, que devem ser melhorados etc. Além disso, o relato escrito deve ser regravado. Jamais se escreve igualzinho ao que foi relatado, nesse interregno ainda se perdem informações.

A.L.: Utilizando-se o Princípio da Verdade Real, utilizado em processo penal, após serem produzidas as provas pelas partes, o juiz, que não foi convencido, poderá utilizar essas técnicas para produzir provas para os autos em busca da verdade?

L.M.: A pessoa capacitada, especializada nesta técnica deve ser chamada pelos operadores da lei, mas, neste caso, o juiz, ao aplicar a técnica, para que haja validade, a prova tem que recolhida perante o contraditório. Então o juiz deve, segundo os muitos trabalhos desenvolvidos nessa área, recolher evidências confiáveis, mediante treinamento específico, por exemplo,

pedindo antecipação de provas, com a presença de representantes do Ministério Público, dos advogados e do acusado. Devem estar em sala especial, chamada de Sala de Oitiva Especial, onde (mediante a presença de testemunha, ou acusado), os técnicos atuam, gravando a oitiva, que deve, de imediato, ser transmitida para a sala de juízo, para todos os envolvidos (testemunha ou acusado). Como estão gravadas, poder-se-á ouvi-las quantas vezes se fizerem necessárias, sem se poder alegar que houve, por exemplo, indução. Se houver alguma pergunta poderá ser repassada ao juiz que a retransmitirá, por meios especiais, ao técnico entrevistador. A melhor maneira de coletar informações não é na sala de audiência, perante todos os envolvidos, principalmente em relação a crianças ou adolescentes.

A.L.: Que formação, habilidades e aptidões devem ter os entrevistadores para a efetiva e produtiva realização da referida técnica?

L.M.: Eventualmente, pessoas da área de psicologia podem, talvez pela experiência, beneficiar-se mais que outras pessoas. Mas não há impeditivo para profissionais de outras áreas de formação, como pedagogos, assistentes sociais, policiais e outros. O importante é a capacitação contínua e adequada da técnica, sua manutenção sob a supervisão de profissionais especializados, pois é uma técnica bastante exigida que está a serviço da justiça.

A.L.: Com pessoas com necessidades especiais, como doentes mentais, é possível aplicar essas técnicas?

L.M.: Há recursos apropriados diferentes para esses casos. É possível recolher informações fidedignas de pessoas nessas condições, se a entrevista acontecer no tempo mais próximo possível do acontecimento, quando a memória está bem recente, "fresquinha", como se diz. Pode-se ajudar a pessoa a recolher a informação se o registro ainda estiver lá, daí a necessidade da rapidez em recolhê-la. Não se pode esquecer que a prova pode ser única a gerar medidas protetivas a essa criança/adolescente com necessidades especiais, porque não se têm evidências físicas.

A.L.: Pode a referida técnica ser aplicada na apuração de fatos relativos a outros crimes cujas vítimas sejam pessoas adultas? De que maneira?

Sim, em qualquer situação, cujas provas sejam as memórias que elas têm sobre o evento. Existem

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 10 29/8/2012 12:13:45

técnicas semelhantes a esta, com propósitos diferentes que também têm sido utilizadas. Entrevistas com suspeitos, diferentes destas aqui tratadas, técnicas e objetivos diferentes. Mas há alguns princípios comuns. Serve, pois, para qualquer crime,testemunha ou vítima, desde que a pessoa tenha algum registro em sua memória, algum fato que possa servir como evidência, mas se não há isto, não adianta aplicar a técnica.

Por exemplo, a pessoa que testemunha um crime em um banco, conta o fato a um amigo, que não tem o registro do fato ocorrido, mas só o que lhe foi repassado, então caso se faça entrevista com esta pessoa, não há registro, há apenas a lembrança do que lhe foi contado. Mas não há somente testemunha ocular, há também pelo olfato, enfim pelos outros sentidos que registram memórias e que podem servir de evidências.

A.L.: Em relação a pessoas vítimas de erro judiciário, esta técnica pode ser aplicada?

L.M.: Sim, mas o que é certo, é que se a entrevista fosse realizada logo após o crime, por pessoas especialistas nesta técnica, certamente seria mais difícil ocorrer erro judiciário.

Nos EUA existe um projeto, chamado The Inocence Project* (Peter J. Neufeld e Berry C. Scheck), que tem levado, pelo exame de DNA, com pouco material genético, à exoneração de uma série de casos. Em um estudo com cerca de 200 pessoas, a maioria foi desonerada, o exame provou que, de fato, não cometeram os crimes alegados, e a prova testemunhal por meio destas técnicas foi fundamental para esclarecer a condenação equivocada.

Há outras técnicas. Na Inglaterra, estudiosos têm-se dedicado a fazer detecção de mentiras, o que não é fácil. Vários indícios comportamentais utilizados, como o nervosismo, são péssimos indicadores. Há mais de 30 anos as pesquisas mostram que o que se deva fazer é buscar a narrativa, (através do relato) com técnicas apropriadas. Existem, sim, procedimentos técnicos e científicos que foram desenvolvidos para a detecção de mentiras; não é só olhando para a pessoa. Existe a técnica de entrevista que também tem que ser gravada, para que se possam aplicar as regras adequadamente.

A.L.: Qual tem sido a aceitação do uso desta técnica?

L.M.: No Brasil é recente, está em fase de implantação, por exemplo, dispor-se de salas especiais de depoimento, onde se escutam testemunhas e vítimas, sejam crianças ou adolescentes, e da capacitação de profissionais. Então não é tão fácil assim avaliar esta questão. São poucos os estados em que já foram implantadas estas técnicas. Em Pernambuco, a resposta tem sido positiva. Auxilia a tarefa hercúlea do juiz, para constatar a consistência das provas, porque a inquirição da criança/adolescente na sala de audiência é complicada. Na maioria das vezes são poucas informações e inconsistentes e há o constrangimento aos menores. Ao fazer a entrevista investigativa cognitiva, o técnico capacitado, com depoimentos gravados, consegue extrair registros da memória recente os mais fidedignos possíveis. A entrevista gravada, transmitida ao mesmo tempo à sala de audiência, permite aos operadores da lei elaborarem perguntas que serão repassadas ao técnico, e, assim, juiz, advogado, promotor e ministério pública terão mais condições de tomar decisões corretas.

Os advogados de defesa são os que se ressentem mais, porque entendem que precisam ter uma ação mais direta na condução da entrevista.

No Brasil, só no Sul, há mais ou menos um ano, foram implantadas essas salas especiais para oitiva de crianças e adolescentes, mas na Inglaterra já existem há mais tempo, uns 20 anos, e a resposta dos advogados de defesa, juízes e promotores é positiva. Ao conhecer o teor das gravações, o advogado tem

* Organização jurídica sem fins lucrativos ligada à Faculdade de Direito Benjamin N. Cardozo da Universidade Yeshiva/Nova Iorque, que só aceita fazer a defesa de réus que jurem que são realmente inocentes.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 11 29/8/2012 12:13:45

melhores condições de elaborar sua defesa, sem eventuais surpresas. Havendo antecipação da prova, o registro é mais recente, a memória é melhor pelo pouco tempo decorrido e, com a técnica bem aplicada, tudo se torna mais esclarecedor, todos ganham, principalmente a criança/adolescente pelo tratamento que lhe é dispensado, sem constrangimentos, que podem ser traumáticos. Quanto às possíveis críticas dos advogados de defesa não inquirindo diretamente, cabe ao juiz decidir sobre a formulação das perguntas, o que pode ocorrer em caso de antecipação de provas, em salas especiais, gravadas em que o juiz, tendo acesso imediato, poderá repassar a pergunta do advogado ao técnico. Na verdade, creio que todos saem satisfeitos.

A resistência tem surgido de profissionais de nossa área de psicologia, por não terem conhecimento científico adequado nessa área, nem dos avanços de outros países, tampouco experiência.

A Entrevista Investigativa só terá melhor eficácia, quando feita nas condições apropriadas: salas especiais, gravadas, técnicos capacitados, lapso temporal mínimo entre o fato e a entrevista. Há de se gerar mecanismos na justiça que permitam a aplicação desta técnica, dando ênfase à antecipação da prova, em razão do tempo. Nossa memória não é uma máquina fotográfica, nem uma filmadora, ela pode se perder ou pode ser contaminada, produzindo falsas memórias, e isso não pode ocorrer.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 12 29/8/2012 12:13:46

Conferência

Conferência Proferida no I Congresso Luso-Amazônico de Direito Privado Lisboa-Portugal

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 14 29/8/2012 12:13:47

A Administração Eficiente dos Tribunais Brasileiros e o Enfrentamento dos Obstáculos à Celeridade da Justiça

Milton Augusto de Brito Nobre*

* Desembargador do TJE-PA, Professor Emérito da Universidade da Amazônia (UNAMA) e Associado da Universidade Federal do Pará (UFPA), membro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) biênio 2009/11.

1 INTRODUÇÃO

Devo, inicialmente, agradecer o convite dos organizadores deste evento, promovido pela Academia Paraense de Letras Jurídicas, em conjunto com o Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e dizer da grande satisfação com que o aceitei porque oportunizou o meu retorno a este tão respeitado centro de saber jurídico, com o qual tive a oportunidade de assinar, como Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em 24.06.2005, um convênio destinado a promover intercâmbio científico e cultural, graças à intermediação do eminente civilista conterrâneo, Professor Doutor Zeno Veloso, e à gentil atenção que o senhor Professor Doutor Jorge Miranda, sem nenhum favor, um dos grandes expoentes do pensamento jurídico europeu contemporâneo, sempre dedicou aos órgãos do judiciário brasileiro[1].

Hoje, portanto, festejo esta oportunidade que me permite aqui voltar, desta feita com a responsabilidade de expor algumas considerações sobre um tema que, há pouco mais de um lustro, vem ocupando o centro das atenções e preocupações não apenas do Poder Judiciário do meu país, mas de todos os operadores do direito no Brasil e cujo enunciado, no meu modo de pensar, bem revela a sua grande importância para o nosso futuro como nação pacífica, democraticamente livre e solidária: a administração eficiente dos tribunais brasileiros e o enfrentamento dos obstáculos à celeridade da justiça.

Por motivações de ordem metodológica e tendo em conta que o tempo disponível é naturalmente limitado, apresso-me em fixar as balizas do alcance da minha intervenção, explicitando que, após estas breves palavras introdutórias, vou dividi-la em quatro partes: na primeira, mencionarei alguns dados sobre a realidade brasileira e os problemas da Justiça antes da reforma de 2004, de modo a melhor contextualizar as observações que se seguirão; na segunda, considerando a Emenda Constitucional nº 45, de

[1] O Convênio foi prorrogado, em 23.06.2006, quando foi assinado termo aditivo, entre o Tribunal e a Faculdade, representada pelo Professor Doutor Miguel Teixeira de Souza, Presidente do seu Conselho Diretor, ato testemunhado pelos Professores Jorge Miranda e Zeno Veloso.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 15 29/8/2012 12:13:47

31 de dezembro de 2004, marco inicial do ciclo de transformações que buscam tornar a justiça brasileira mais célere, farei considerações sobre os seus efeitos para a administração eficiente dos nossos tribunais; na terceira, examinarei alguns problemas que funcionam como limites ao melhor desempenho do Judiciário brasileiro; e, finalmente, na quarta, também destinada às conclusões, agitarei algumas ideias em torno das possíveis saídas para superar aqueles limites.

Anoto que toda a primeira parte, referente àqueles dados e indicadores gerais, cujo caráter é basicamente propedêutico, pareceu-me oportuna, sobretudo para homenagear os estudantes portugueses que me prestigiam com as suas atenções. E saliento que, com o único propósito de ser claro, procurarei simplificar, tanto quanto possível, todas as minhas reflexões, embora tenha plena convicção de que a simplicidade, não raro, pode aparentar, mormente para os mais críticos, um sinal de superficialidade. De qualquer modo, os que possam assim pensar pouco me importunarão, mesmo porque prefiro enfrentar opiniões dessa ordem ao risco de deixar algum ponto obscuro ou incompreensível.

2 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A REALIDADE BRASILEIRA E OS PRINCIPAIS PROBLEMAS DA JUSTIÇA ANTES DA REFORMA DE 2004

O Brasil, maior país do Continente Sul-Americano e quinto do mundo em extensão territorial, é, como todos sabem, nos termos da Constituição de 1988, uma República Federativa tridimensional, constituída por 26 Estados, um Distrito Federal e 5.564 Municípios, ocupando um território com 8.514.086,5 km², com 7.491 km de litoral para o Oceano Atlântico e 15.179 km de fronteiras terrestres, onde habitam cerca de 195 milhões de pessoas que falam a língua portuguesa, representando uma densidade demográfica 22 hab./km², sob uma taxa de crescimento de 1,38% a.a e uma expectativa de vida de 73,5 anos.

Abro aqui um parêntese para salientar, a título de curiosidade, que, não fosse a curta linha limítrofe que o separa da República da Guiana, do Suriname e da Guiana Francesa, o Brasil, teria uma locação geográfica semelhante a de Portugal: frente para o Atlântico e cercado por povos de língua hispânica por todos os demais lados.

Atualmente é a 6ª maior economia do mundo, com uma população economicamente ativa superior a 100 milhões de pessoas, PIB nominal acima de US$ 2,5 trilhões de dólares americanos e *per capta* no montante em torno de US$ 10.200,00, tendo a meta de inflação sido estimada pelo Banco Central para este ano 4,5% a.a, reservas atuais da ordem de US$ 355 bilhões da mesma moeda referenciada e taxa de desemprego inferior a 6%.

E tem um povo versátil e inovador, que não sofre inquietações internas nem de ordem étnica e nem religiosa. Vive na mais absoluta paz com os povos vizinhos, pois jamais alimentou propósitos expansionistas ou imperialistas. E, além de suas imensas riquezas naturais ainda muito longe de qualquer expectativa de esgotamento, possui um grande, moderno e diversificado parque industrial, ainda bem domina importantes tecnologias de ponta.

Não obstante é um país que enfrenta graves e complexos problemas sociais, decorrentes do alto índice de concentração de renda, que influencia drasticamente a manutenção de um vergonhoso quadro de bolsões de pobreza, de exclusão social, também resultante de fragilidades ainda existentes no seu sistema educacional, e, o que é lamentável, de violência episódica, tanto nas cidades quanto no campo.

Mas não só isso! A sociedade brasileira, que parece ter transitado dos paradigmas tradicionais para os contemporâneos em termos de comunicação, acesso

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 16 29/8/2012 12:13:47

à informação e cada vez mais participação, ressente-se da falta de modernização na estrutura do estado e dos seus sistemas funcionais.

Como estou apenas mencionando alguns dados para montar um rápido cenário no qual atua o Poder Judiciário brasileiro não há espaço para que enverede na tentativa de traçar um panorama mais detalhado sobre a nossa realidade sociopolítica. Alguns índices, porém, colhidos para efeito de exemplo, são expressivos e merecem citação por serem reveladores do estágio de desenvolvimento social do país: seu IDH é 0,718, o 84º do mundo; a taxa de mortalidade infantil, encontra-se no elevado patamar de 19,3/1000 nascidos, colocando o país no 106º lugar na ordem mundial; e tem um índice de desigualdade social (GINI) de 49,3.

Em síntese, estou a falar de um grande país com um território imenso, rico em recursos naturais inexplorados, uma população significativa e uma economia que se desenvolve sob fundamentos sólidos-mas, infelizmente, confrontado por problemas sociais grandes. E que, após viver longo tempo sob regime autoritário, conquistou a democracia, culminando por adotar, em 1988, uma Constituição analítica, no sentido da abrangência do seu regramento, e que consagrou amplamente direitos individuais e sociais fundamentais, garantindo-os mediante uma cláusula incondicional de proteção judicial (CR: art. 5º, XXXV) e, em consequência, abrindo espaço ao progressivo crescimento das demandas judiciais.

É bem verdade que a versão original da Constituição de 1988, também trouxe novidades importantes para aperfeiçoar o desempenho do Judiciário e melhorar a eficiência da justiça como, a criação do Superior Tribunal de Justiça (CR: art. 92,II) e dos Juizados Especiais (CR: art. 98,I); a ampliação do rol dos legitimados à proposição de ação direta de inconstitucionalidade (CR: art. 103); o fortalecimento do Ministério Público (CR: art. 127); a constatação da indispensabilidade do advogado à administração da justiça (CR: art. 133); e a declaração da essencialidade da Defensoria Pública à função jurisdicional do Estado (CR: art. 134).

Ademais, reorganizou o Poder Judiciário, dotando-o de 91 tribunais, sendo um Tribunal Supremo (STF), 4 Tribunais Superiores (STJ, TSE, TST e STM), 27 Tribunais de Justiça dos Estados (TJ), 27 Tribunais Regionais Eleitorais (TRE), 24 Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), 5 Tribunais Regionais Federais (TFR) e 3 Tribunais Militares (SP, MG e RS).

Contudo parece-me imperioso também admitir que tais mudanças, além de pouco terem contribuído para aperfeiçoar a prestação jurisdicional, uma vez que não causaram qualquer alteração nos modelos e procedimentos antes vigentes, serviram igualmente para impulsionar, ainda mais, acréscimos de jurisdição reprimida.

O certo é que esses fatos, ao lado de outros, a que não se faz necessário referir, deram ensejo ao aumento progressivo das demandas judiciais, tornando ainda mais evidente a morosidade e a ineficiência da justiça brasileira que, sob responsabilidade de um Judiciário fechado, distante da sociedade, altamente conservador, carente de recursos humanos e materiais, além de administrado burocraticamente e com forte inclinação patrimonialista, terminou entrando em crise, inclusive de legitimidade, passando a ser alvo permanente de críticas e de justificadas insatisfações da população.

Daí não terem tardado reclamos por uma reforma do Poder Judiciário, os quais terminaram abrindo espaço à Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 96/1992) que tramitou por mais de uma década e deu origem à Emenda Constitucional nº 45 de 31.12.2004, criadora, como melhor se verá adiante, do ponto de arrancada para o início do movimento ininterrupto de modernização da justiça brasileira, com reais condições de alcançar os tão almejados objetivos de ampliar o acesso à prestação jurisdicional célere, porém focado pelo princípio da duração razoável do processo, de modo a não comprometer a segurança e a qualidade das decisões judiciais.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 17 29/8/2012 12:13:47

É importante assinalar que, durante os doze anos de tramitação dessa PEC, ao fim dos quais só se alcançou a aprovação parcial da reforma pretendida, as atenções dos estudiosos se concentraram pontualmente na simplificação dos ritos processuais e no encurtamento dos procedimentos estabelecidos necessários à efetivação das decisões judiciais no ordenamento infraconstitucional, não só pelo reconhecimento geral de que as regras vigentes também respondiam, em grande parte, pela morosidade e ineficiência da justiça brasileira, mas, num primeiro momento, até mesmo por influência dos opositores das mudanças introduzidas na proposta de Emenda, mormente daqueles que temiam a aprovação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário.

Note-se que esse movimento por reformas processuais tópicas não se interrompeu após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, a despeito das críticas que lhe são feitas em razão de ocasionar rompimentos na harmonia sistemática dos Códigos, continua gerando efeitos até hoje, sendo adequado anotar que, tanto no campo do Processo Civil, quanto na seara do Processo Penal, algumas dessas alterações têm sido positivas e lograram êxito em aumentar a celeridade na prestação jurisdicional.

Por outro lado, igualmente durante a tramitação dessa Emenda, alguns tribunais, diante da constatação de que os aperfeiçoamentos legislativos, por si sós, não bastavam para reverter o quadro de lentidão e de falta de efetividade na prestação jurisdicional, começaram a planejar suas atividades e a tomar medidas administrativas visando a recrutar mais juízes e servidores, melhor equipar seus órgãos fracionários, comarcas e varas, bem como ampliar o emprego dos recursos de tecnologia da informação.

Essas iniciativas, todavia, sendo isoladas, isto é, ocorrendo apenas no âmbito de alguns tribunais, tinham resultados muito limitados e, portanto, pouco contribuíram para modificar a realidade nacional, mesmo porque, no que se refere ao Judiciário estadual, a grande maioria das Cortes era desprovida de recursos humanos suficientes, revelando graves carências de magistrados, servidores, boas instalações e equipamentos.

Diante dessas circunstâncias, nem as reformas nas leis processuais, nem as iniciativas de modernização administrativa, até então adotadas por alguns tribunais do país, conseguiram criar condições de conter o grave acúmulo de processos judiciais em tramitação e sequer conferir maior celeridade à Justiça, o que muito contribuiu para que finalmente se aprovasse a Emenda Constitucional nº 45/2004, pois facilitou a conscientização do Congresso Nacional quanto à urgência de novas medidas que, pelo menos, abrissem perspectivas de reverter esse quadro.

A Emenda nº 45/2004, como ficará claro a seguir, teve o mérito de estabelecer princípios e regras essenciais para assegurar uma mudança copernicana na postura dos magistrados e tribunais brasileiros, isto porque trouxe consigo a criação de órgão nacional de controle, fiscalização e planejamento nacional do Poder Judiciário, ao qual estão administrativamente subordinados inclusive os Tribunais Superiores, exceto do Supremo Tribunal Federal.

Parece-me, portanto, oportuno o exame, ainda que breve, sobre o conteúdo dessa Emenda, até como demonstração do que estou a afirmar quanto à sua importância.

3 OS EFEITOS DECORRENTES DA EMENDA Nº 45/2004 NA ADMINISTRAÇÃO EFICIENTE DOS TRIBUNAIS

A simples leitura das disposições introduzidas no Texto Constitucional pela Emenda Nº 45/2004 revela, sem margem para dúvida, que o escopo principal

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 18 29/8/2012 12:13:47

da chamada reforma do Poder Judiciário por ela introduzida foi torná-lo nacionalmente mais rápido, acessível e confiável, não só por haver vinculado a sua atuação, como um direito fundamental assegurado a todos, ao princípio da duração razoável do processo, com os meios que garantam celeridade de tramitação (CR: art. 5º, LXXVIII), mas por estabelecer regras concretas com esse objetivo, dispondo, *verbi gratia*, que: a atividade jurisdicional é ininterrupta, vedadas férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, devendo funcionar, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente (CR: art. 93, XII); o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população (CR: art. 93, XIII); os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e de mero expediente sem caráter decisório (CR: art. 93, XIV); a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição (CR: art. 93, XV).

Também são suficientemente esclarecedores desse propósito de assegurar maior eficiência ao Judiciário: o efeito vinculante atribuído às decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade, mediante a ampliação do disposto no § 2º, introduzido pela Emenda nº 03/1993, no art. 102 da Constituição; a necessidade da demonstração de repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário, conforme disposto § 3º do artigo antes mencionado; a determinação para que tanto o Judiciário Estadual, quanto o Federal e do Trabalho funcionem em justiça itinerante (CR: arts. 107, § 2º, 115, § 1º, e 125, § 7º); a instituição de súmulas vinculantes do STF (CR: art. 103-A); e, finalmente, a criação do Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo de cúpula do Judiciário, sob subordinação jurisdicional direta ao Supremo Tribunal Federal, para exercer nacionalmente o controle e a fiscalização das atividades administrativas dos tribunais e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, bem como formular o Planejamento do Judiciário brasileiro e traçar políticas públicas visando a aperfeiçoar o acesso amplo e rápido à justiça.

Ora, como em nosso país, a lentidão do tempo do processo - é dizer a sua morosidade - tem sido uma queixa secular, a despeito de também existirem reclamos quanto à carência de tribunais, de comarcas e de varas, bem como sobre a falta de Juízes e de servidores ou, ainda, em relação ao custo da prestação jurisdicional, mormente pelo elevado valor das custas judiciais cobradas em alguns Estados, fácil é compreender, pelas inovações antes mencionadas e, mais além, pela adoção do princípio da duração razoável do processo e a introdução do Conselho Nacional de Justiça, porque afirmo que a Emenda nº 45/2004 constitui o ponto de inflexão para a nova caminhada do Judiciário.

Como afirmei em outra oportunidade,[2] a criação do Conselho Nacional de Justiça teve tamanha importância na atuação do nosso Judiciário, redirecionando-o definitivamente à busca da eficiência e das práticas administrativas e de gestão de qualidade, que privilegiam a otimização dos resultados em prol dos usuários dos serviços sob responsabilidade desse Poder, garantindo-lhes amplo acesso à justiça, mediante a rápida e segura prestação jurisdicional, que não há nenhum exagero na conclusão de que constitui o melhor momento da reforma de 2004, podendo-se mesmo dizer que, no curso do tempo, a justiça brasileira tem dois momentos: antes e depois do CNJ.

O Conselho Nacional de Justiça, consoante antes mencionado, é o órgão administrativo de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, subordinado apenas jurisdicionalmente ao Supremo Tribunal Federal. Composto de 15 membros com mandato de dois anos, admitida uma recondução, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal e presidido pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal que, por força da Emenda Constitucional nº 61/2009, tem como

2 Palestra por ocasião da XXI Conferência Nacional dos Advogados Brasileiros, realizada em Curitiba (PR), em novembro de 2001.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 19 29/8/2012 12:13:47

substituto nos seus impedimentos o Ministro Vice-Presidente dessa mesma Corte, sendo integrado por três representantes da Justiça Federal, indicados pelo Superior Tribunal de Justiça (um Ministro do STJ, que exerce as funções de Corregedor Nacional de Justiça, um Juiz de Tribunal Regional Federal, hoje também chamado de Desembargador Federal, e um Juiz Federal de 1º grau); três da Justiça do Trabalho apontados pelo Tribunal Superior do Trabalho (um Ministro do TST; um Juiz de Tribunal Regional do Trabalho, atualmente referenciado como Desembargador Federal do Trabalho e um Juiz do trabalho de 1º grau); dois da Justiça Estadual, escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (um Desembargador e um Juiz estadual); dois do Ministério Público, designados pelo Procurador Geral da República (um do Ministério Público Federal e outro do Ministério Público Estadual); dois da classe dos advogados, eleitos pelo Conselho Federal da OAB; e dois do Congresso Nacional (um escolhido pelo Senado Federal e outro pela Câmara dos Deputados).

Suas competências estão expressas no § 4º do art. 103-B da Constituição da República, dentre as quais, para fazer uma síntese, destaco: controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes; zelar pela autonomia do Judiciário e obediência ao Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; zelar pela observância do art. 37 da Constituição, em que estão insculpidos os princípios e regras retores da administração pública brasileira, e apreciar, de oficio ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo revê-los ou fixar prazo para que adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência conferida ao Tribunal de Contas da União; receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registros que atuem por delegação ou oficializados, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa; representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou abuso de autoridade; e rever, de oficio e mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros dos tribunais julgados a menos de um ano.

Releva salientar que o Conselho, sendo um órgão exclusivamente administrativo não tem qualquer ingerência sobre a atividade e a independência jurisdicional dos magistrados, embora possa, excepcionalmente, examinar desvios que caracterizem condutas infracionais praticadas no exercício da função judicante, obviamente sem suspender, modificar ou desconstituir o ato judicial que, portanto, só pode ser alterado nas vias recursais regularmente previstas nos Códigos e leis processuais.

Parece-me oportuno também mencionar que não pode interferir nas atividades administrativas do Supremo Tribunal Federal que, aliás, exerce o controle jurisdicional das atividades do Conselho e termina, assim, por intermédio desse controle, monitorando em última instância a atuação administrativa de todos os demais órgãos e integrantes do Poder Judiciário, justificando-se, sob esta ótica, a afirmação de que o Conselho Nacional de Justiça seria a «*longa manus* da Corte Suprema para a supervisão da administração do Judiciário brasileiro"[3].

Embora sofrendo a resistência de alguns nichos mais conservadores da magistratura brasileira, o

3 Embora sem expressar justificação semelhante, ouvi essa observação, pela primeira vez, quando feita pelo Ministro Carlos Ayres Britto, atual Vice-Presidente do STF.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 20 29/8/2012 12:13:47

CNJ conseguiu se firmar, com o amplo apoio da sociedade, pelas medidas que tem tomado quer no campo correicional, punindo os desvios de conduta de uma, cabe logo mencionar, esmagadora minoria de magistrados que não cumpre os deveres do cargo, quer no que se refere à boa gestão dos tribunais e demais órgãos do Judiciário, promovendo através do incentivo ao emprego de metodologias gerenciais modernas e à utilização dos ferramentais de planejamento, a busca da eficiência administrativa.

Alerto que, quando falo em eficiência e boa gestão dos tribunais, tomo em consideração, não só os métodos ou processos gerenciais das *atividades-meio*, que dão suporte administrativo ao exercício da função jurisdicional (*v.g.*:encargos de gerenciamento de recursos humanos, material, comunicação, transporte, etc.), como também os apropriados às *atividades-fim* ou, mais especificamente, à gestão de processos judiciais em tramitação nas varas e colegiados de qualquer grau (*e.g.*: triagem, ordem de apreciação, organização interna, informação ao público, etc.). Em resumo, refiro-me, no particular, a um complexo de elementos, fatores, métodos e processos organo-funcionais, cuja reunião harmônica assegure que os serviços sob encargo do Poder Judiciário são prestados à altura de garantir à sociedade a pacificação dos conflitos jurídicos, mediante a prestação jurisdicional amplamente acessível, rápida e com baixo custo.

Perseguindo esse caminho, o CNJ, com a introdução das técnicas de planejamento estratégico, baseado em dados empíricos e cenários construídos com o auxílio de pesquisa e elementos estatísticos – que antes da existência do Conselho sequer se cogitava utilizar sistematicamente para orientar a atuação de todos os tribunais brasileiros - tem feito o Judiciário passar por um "choque de gestão"[4]. Hoje, existe definição dos objetivos a serem perseguidos por todos os tribunais, com o estabelecimento de metas de alcance a curto, médio e longo prazos, avaliações de desempenho, acompanhamento permanente das atividades dos tribunais pela Corregedoria Nacional, o que vem assegurando um processo ativo e contínuo de mudança nas práticas e rotinas de trabalho, bem ainda a crescente conscientização dos magistrados brasileiros de que, em conjunto com a missão de julgar, têm sob seu encargo as tarefas gerenciais dos órgãos que dirigem e, em consequência, devem decidir e fazer/acontecer a decisão ou a solução dos processos, ou seja, produzir resultados concretos que pacifiquem as relações jurídicas conflituosas trazidas ao conhecimento do Judiciário.

Deve-se, igualmente, ao Conselho a adoção por todos os tribunais de políticas visando a melhorar e ampliar a qualidade dos seus serviços como, por exemplo: I) modernização e ampliação dos equipamentos de infraestrutura; II) contínuo aperfeiçoamento tecnológico de sistemas e processos de trabalho; III) valorização permanente dos recursos humanos, mediante aperfeiçoamento técnico continuado; IV) maior transparência no emprego dos recursos financeiros; V) aperfeiçoamento dos meios de comunicação com os usuários ou interessados, com a criação e fortalecimento dos serviços de ouvidoria; VI) emprego progressivo dos recursos de tecnologia da informação, inclusive com a utilização cada vez mais ampliada dos procedimentos eletrônicos; VII) incentivo à utilização das chamadas práticas alternativas de composição de conflitos, em especial da conciliação.

Para resumir, são inegáveis os avanços obtidos pelo nosso Judiciário, em decorrência da ação catalisadora ou indutora do CNJ. Ainda assim, e em que pese o esforço desenvolvido pela magistratura brasileira, as taxas de congestionamento que expressam o número de processos pendentes de solução definitiva ou,

4 Como têm sido caracterizadas, pelo Ministro Gilmar Mendes (Presidente do STF e do CNJ no biênio 2008/10), as mudanças recentes introduzidas, por influência do CNJ, na administração dos tribunais brasileiros.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 21 29/8/2012 12:13:47

pode-se dizer, a demanda reprimida, continuam aumentando, como demonstrarei a seguir com alguns indicadores reunidos para efeito de exemplo inclusive sobre os recursos humanos disponíveis pelo nosso Judiciário.

Atualmente[5], consoante noticia o Relatório "Justiça em Números", encontram-se vinculados aos 91 Tribunais que compõem o Judiciário brasileiro 16.804 magistrados[6'7], assim distribuídos: 11.938 na Justiça Estadual; 1.749 na Justiça Federal e 3.117 na Justiça do Trabalho[8]. E prestam auxílio a esse corpo de magistrados, consoante revela a mesma fonte, um total 321.963 servidores, sendo 236.578 na Justiça Estadual, 37.990 na Justiça Federal e 47.395 na Justiça do Trabalho, cabendo ainda destacar, por ser de particular interesse para uma visão mais precisa desse contingente, que 193.996 servidores operam na atividade-fim, vale dizer, em assessoria ou outras atividades inerentes à jurisdição, e 127.967 servidores na atividade-meio, isto é, na área exclusivamente administrativa.

Com esse número de tribunais e essa força de trabalho de magistrados e servidores, o Judiciário brasileiro teve em tramitação, segundo a mesma fonte e igual período considerado, cerca de 83,4 milhões de processos, dos quais 24,2 milhões ingressaram no ano de 2010, tendo sido baixados (definitivamente decididos e arquivados) no mesmo ano em torno de 25,3 milhões, uma média de 1.439 por magistrado, o que, a despeito de ser um número extraordinário e dificilmente com paralelo no mundo, deixou em pendência um volume superior a 59,1 milhões de processos, número que representa um alto índice de congestionamento e indica a necessidade urgente de novas medidas para atender de modo compatível à demanda por jurisdição no país, a qual tem contribuído, no campo penal, para aumentar a sensação de impunidade e, no civil, à excessiva onerosidade dos negócios jurídicos.

Ainda assim, devo esclarecer, antes de passar à terceira e penúltima parte da minha exposição, que a atuação nacionalmente planejada, com programas de ampla abrangência, e a fixação de metas anuais a serem cumpridas por todo o Judiciário, avaliadas periodicamente, sem o que não teria sido possível julgar um número elevado de processos, foi iniciada em 2009, com o seu estabelecimento em reunião dos dirigentes dos tribunais brasileiros sob a coordenação do CNJ, sendo firmadas 10 metas de nivelamento com objetivo de equalizar o desempenho dos tribunais em âmbito nacional. Essas metas foram substituídas em 2010 por 10 metas prioritárias e de cumprimento conjunto com o resíduo não atingido das anteriores. E renovadas para 2011, com a adição do número mais reduzido de 4 metas, exatamente com a finalidade de facilitar o alcance dos marcos de cumprimento até então não realizados por alguns tribunais.

Trata-se, pois, de uma experiência muito nova, uma vez que, até então, os nossos 91 tribunais viviam como ilhas, isolados e sem qualquer intercomunicação. É claro que, exatamente por ser recente, tem provocado muitos reclamos de magistrados e de servidores não acostumados à prática de laborar, com a definição prévia de objetivos, metas a serem cumpridas e avaliações permanentes de desempenho. Pelos resultados obtidos até agora, porém, parece-me óbvio que tem sido uma iniciativa exitosa que merece continuar, sem prejuízo de outras providências que atuem no mesmo sentido de aumentar a eficiência.

5 Conforme o Relatório "Justiça em Números" do Conselho Nacional de Justiça, relativo ao ano de 2010.

6 Não foi computado nesse Relatório o número dos magistrados do STF, dos Tribunais Superiores (STJ,TSE,TST e STM) e não integrantes da carreira da magistratura que têm assento nos Tribunais Eleitorais, o qual - cumpre acentuar - por não representar um total significativo não influi nas observações feitas adiante.

7 Para efeito de comparação anoto que esse total apresenta uma média de 8,7 magistrados para cada 100 mil habitantes, enquanto a Espanha tem uma média de 10,1/100.000, a Itália de 11,0/100.000, a França 11,9/100.000 e Portugal 17,4/100.000.

8 Esses últimos números de magistrados englobam: na Justiça Estadual, 1.622 Desembargadores e 10.264 Juízes; na Justiça Federal, 135 Juízes de 2º grau e 1.534 Juízes de 1º grau; e na Justiça do Trabalho, 505 Juízes de 2º grau e 2.612 Juízes de 1º grau.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 22 29/8/2012 12:13:47

4 ALGUMAS CAUSAS LIMITADORAS DA MELHORIA DE DESEMPENHO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Hoje, uma das grandes questões que se coloca para ser enfrentada, com a finalidade de aumentar a eficiência do Judiciário brasileiro, tendo em vista solucionar o número avassalador de processos judiciais em tramitação, diz respeito à sua estrutura organizacional que, sobremodo pelo número de magistrados e tribunais existentes, mesmo com a modernização das técnicas e métodos de gestão, constitui um limite para que sejam atingidos melhores resultados no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Os problemas relativos à estruturação dos órgãos do Poder Judiciário não são novos e apenas nacionais. Têm preocupado os dirigentes do Judiciário em muitos países. Ainda recentemente, por exemplo, o douto Conselheiro Luís António Noronha Nascimento, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, discursando durante o 9º Congresso dos Juízes Portugueses, embora por motivação diversa da que iniciei tratar, propôs dentre outras medidas para modernizar a Justiça deste país-irmão a extinção da Corte Constitucional, cuja competência passaria a ser exercida por uma «secção constitucional», acrescida ao Supremo Tribunal[9].

No caso brasileiro, a grande motivação para que se discuta a reestruturação ou a reengenharia do Poder Judiciário, como dito antes, refere-se à impossibilidade prática de o Judiciário julgar, com a sua estrutura atual, ainda que com a funcionalidade otimizada através de novas técnicas gerencias, cumprindo o princípio constitucional da duração razoável, a massa de feitos em tramitação, cujo resíduo passado do ano de 2010 para 2011, mesmo tendo sido decididos definitivamente cerca de 25,3 milhões de processos, teve o elevadíssimo montante de 59,1 milhões.

Mesmo sendo essa uma razão forte para justificar mudanças dessa ordem, forçosa é a constatação de que enfrenta e sempre enfrentará grandes reações, na medida em que qualquer proposta, além de ser tendente a alterar *relações de poder,* envolve o aumento dos custos financeiros de manutenção do Judiciário.

Contudo, só para citar dois exemplos, parece-me ser inadiável: a criação de novos Tribunais Regionais Federais como o fito de, pelo menos, corrigir o atual absurdo que decorre de a competência territorial do TRF da 1ª Região abranger 14 dos 26 Estados brasileiros, cobrindo mais de 2/3 do território nacional; e a necessidade de se reorganizar a composição dos Tribunais Regionais Eleitorais, pois não se pode mais admitir que todos sejam integrados por sete juízes, numa simetria injustificável, sem considerar os indicadores eleitorais do Estado sob sua competência.

Sem alterações estruturais como essas, cujo cabimento e oportunidade não admitem maiores controvérsias, certamente os esforços para modernização gerencial poderão ter efeitos limitados e até maquiar equívocos estruturais, contribuindo para manter erros de conformação que os novos modelos, processos e técnicas de gestão são, por si sós, incapazes de corrigir.

Permito-me repisar esse ponto, pois a desburocratização, a adoção de métodos e processos gerenciais mais avançados, a atuação planejada, o emprego mais ampliado dos recursos de TI, não obstante representem aperfeiçoamentos e aumentem a eficiência dos tribunais, considerado o Judiciário brasileiro como um todo, se não forem acompanhados de providências necessárias a aprimorar o próprio conjunto estrutural dos nossos tribunais, podem conduzir a um equívoco maior que decorre da ilusória sensação de que se está mudando para melhor, quando

9 No Brasil, por sinal, tem sido discutida uma solução inversa, ou seja, a transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional exclusiva, com a transferência de suas outras competências para o Superior Tribunal de Justiça.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 23 29/8/2012 12:13:47

apenas estamos realizando uma cirurgia plástica embelezadora ou dando brilho no obsoleto.

Outra causa que tem limitado o aperfeiçoamento do desempenho do nosso Judiciário é a insuficiência de recursos destinados à Justiça Estadual que termina por não permitir os investimentos necessários à modernização de instalações, aquisição de equipamentos e, até mesmo, à admissão dos recursos humanos (magistrados e servidores).

Quando me refiro à insuficiência de recursos, sobretudo considerando os dispêndios para a manutenção da Justiça Estadual, creio ser impositivo mencionar que esse fato se encontra bem claro com a menção de alguns dados revelados pelo reiteradamente citado relatório do CNJ relativo ao ano de 2010, uma vez que dele se extrai ter a despesa total da Justiça brasileira alcançado cerca de 41 bilhões de reais, equivalentes a 17,8 bilhões Euros pela cotação de 31.12.2010, isto é, aproximadamente 1,12 % do PIB nacional, assim divididos entre os Estados e a União: Justiça Estadual 23,8 bilhões de reais ou 10,3 bilhões de Euros (0,65% do PIB); Justiça Federal, 6,4 bilhões de reais ou 2,8 bilhões de Euros (0,18% do PIB) e Justiça do Trabalho, 10,6 bilhões de reais ou 4,6 bilhões de Euros (0,29% do PIB). Em consequência, possuindo a Justiça Estadual 11. 938 juízes e 236.578 servidores, muito mais do que o dobro de juízes e servidores daqueles dois outros ramos do Judiciário Federal que em conjunto somam 4.866 juízes e 85.385 servidores, bem ainda tendo um número muito superior de instalações e de equipamentos, resulta nítido que os Estados despendem bem menos recursos financeiros com os seus Judiciários, sendo esse um dado que expõe uma limitação a ser considerada na análise da qualidade dos serviços prestados.

Também para sintetizar, no Brasil, a partilha federativa, tanto dos investimentos quanto das despesas com o custeio necessário à manutenção do Judiciário, constitui uma limitação à concretização de sua eficiência porque os recursos alocados pelos Estados para esse fim não guardam a mesma proporção do que é disponibilizado pela União e são notoriamente insuficientes.

Para encerrar esta parte e passar às reflexões referentes às conclusões, detenho-me no tratamento do que penso ser o maior e o mais difícil limite a ser vencido, o qual consiste no que costumo chamar de *cultura do litígio* que predomina no saber/fazer dos operadores do direito no Brasil, em decorrência do tipo de formação recebida nos nossos cursos de graduação.

A simples leitura dos currículos e programas que têm sido adotados pelas nossas Faculdades de Direito, ao longo do tempo, evidencia que, mesmo tendo passado por inúmeras reformas tendentes a promover atualizações, continuam contemplando disciplinas que objetivam preparar o futuro bacharel para solucionar as relações jurídicas controvertidas através do processo judicial.

Não há nos nossos Cursos de Direito, mesmo de pós-graduação, salvo algumas poucas exceções, qualquer preocupação com o ensino teórico e prático das técnicas de composição de interesses jurídicos em conflito de forma alternativa aos meios judiciais. E disto resulta que os advogados brasileiros, em regra, não têm qualquer preparo para solucionar as questões resultantes desses interesses mediante tratativas de conciliação ou de mediação, desconhecem as vantagens da arbitragem e fazem da judicialização o único caminho para esse fim.

Essa é, sem dúvida, uma das razões mais decisivas para explicar a torrencial enxurrada de processos que atravanca o nosso Judiciário, dificultando a sua tão almejada eficiência, e certamente a que abriga maiores dificuldades para ser resolvida, de vez que só admite solução em longo prazo através de mudanças nos padrões que norteiam a formação jurídica no Brasil e a conscientização social sobre as vantagens oferecidas pelos meios não judiciais de solução de controvérsias.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 24 29/8/2012 12:13:47

5 CONCLUSÃO

Creio que já falei em demasia e é chegada a hora de terminar. Como prometi no início apresentar algumas ideias que podem contribuir para superar esses limites que dificultam o alcance da desejada eficiência do Judiciário brasileiro e também não devo retribuir a gentil atenção dos senhores abusando do tempo, vou procurar ser bastante comedido e mencionar apenas duas iniciativas que certamente serão bem-sucedidas nesse objetivo.

Antes, porém, parece-me adequado ponderar que, quando falo em ideias e iniciativas, estou restringindo-me ao trato de providências ou medidas novas, uma vez que, segundo entendo, chegamos a um estágio que não cabe mais pensar naquilo que a douta Ministra Helen Gracie, ex-presidente do STF e do CNJ, criticou chamando de "mais do mesmo", isto é, ao aumento do número de magistrados e de servidores, modernização de instalações, aquisição de equipamentos e novos programas de informática, etc...

É obvio que as medidas necessárias a dotar o Judiciário dos recursos humanos adequados ao enfrentamento da demanda, ao lado das providências materiais antes mencionadas, são indispensáveis. Contudo, no meu modo de ver, estando sempre limitadas às disponibilidades financeiras, obrigam a se pensar em algo verdadeiramente novo, vale dizer, em efetivas mudanças, as quais, tanto quanto possível, não devem implicar aumento direto de despesas.

Parece-me também evidente que essas ideias, tendo a pretensão de ser algo novo, poderão ensejar muitas controvérsias. Como esse fato é de ocorrência certa sempre que se fala em mudanças, por via de consequência, não as impede ou inibe. Ao contrário, apresenta-se como mais um estímulo a que as indique, a partir do pressuposto de que as melhores luzes sempre resultam do bom debate.

A primeira iniciativa, embora não seja diretamente ligada à atividade jurisdicional, tem grande importância quando se fala na sua eficiência, pois diz respeito à modernização dos nossos serviços notariais e de registros públicos, os quais no Brasil são prestados por particulares mediante delegação do Poder Público, custeados pelos usuários desses serviços e o Poder Judiciário tem o encargo de fiscalizá-los.

Tendo em vista melhor situar a todos quanto às repercussões do que estou tratando em relação à demanda de serviços prestados pelo Judiciário, basta lembrar que praticamente todas as transações imobiliárias no Brasil dependem de atos notariais para ter validade, bem ainda de registro, o que num país com as dimensões territoriais como o nosso e cujo setor de agronegócio responde por 93% do saldo total do comércio exterior brasileiro (cerca de 34 bilhões de reais), 37% da oferta de empregos e com complexas questões sociais referentes à posse e exploração da terra, termina gerando uma imensa massa de conflitos jurídicos que têm origem em práticas defeituosas, irregulares ou ilegais daqueles atos as quais terminam sendo judicializadas.

Não há, pois, dúvida de que a estatização do registro público no Brasil, acompanhada do deferimento à advocatícia da realização dos atos jurídicos negociais que hoje dependem de práticas notariais, ao lado de desonerar o Poder Judiciário dos encargos de fiscalização e correição que atualmente obrigam a criação de juízos especializados para esse fim, certamente irá contribuir à redução dos litígios que se originam de erros, omissões e mesmo de irregularidades dos serventuários encarregados desses serviços.

Lembro, de passagem, que o atual sistema cartorial e de registro vigente no Brasil, teve como matriz o adotado em Portugal que estatizou seus serviços de registro público em 1911, isto é, há mais de cem anos, e privatizou totalmente o notariado, passando-o

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 25 29/8/2012 12:13:48

ao regime da profissão liberal, pelo Decreto-Lei nº 26, de 04.02.2004, de cuja exposição de motivos, apresentada pelo então Ministro da Justiça desse país irmão, reproduzo, por revelar o alcance dessa última reforma, o seguinte trecho:

> "É nesse sentido que se insere a privatização do notariado, que o Governo elegeu como uma das reformas mais relevantes na área da Administração Pública em geral, e da justiça em particular, pelo significado que a mesma se reveste. Na verdade, é a primeira vez que no nosso país uma profissão muda completamente o seu estatuto, passando-o do regime da função pública para o regime da profissão liberal."
>
> E arremata:
>
> "O Governo concretiza com esta medida uma progressiva transferência de competências que, pela sua natureza, são comprovadamente exercidas por profissionais liberais, que ao mesmo tempo prestam um serviço de melhor qualidade e com menores encargos para o erário público."

Ao que devo acrescentar, tendo em vista o caso brasileiro, que medidas semelhantes, além de prestarem grande contribuição para diminuir os litígios que, como já mencionei, resultam do sistema atual, trariam a vantagem de demolir o que considero o derradeiro bastião formal do vezo patrimonialista que há séculos predomina no serviço púbico brasileiro e cujas nefastas consequências dispensam quaisquer comentários[10].

Caminhando para terminar, indico como segunda medida a abolição total dos prazos alargados em favor da Fazenda Pública, do Ministério Público e das Defensorias Públicas, os quais hoje não mais se justificam diante dos meios modernos de comunicação e, sobretudo, dos recursos humanos e técnicos de que atualmente dispõem essas instituições no nosso país.

Essas proteções legais que garantem prazos em dobro e até em quádruplo, como, é estipulado no art. 188 do Código de Processo Civil em benefício da Fazenda Pública, o que entre nós equivale dizer em prol da União Federal, dos Estados ou dos Municípios, e do MP, aliados a outros privilégios processuais em favor do Erário e órgãos públicos, contribuem para retardar o andamento dos feitos judiciais agravando o congestionamento do Poder Judiciário.

Acresce considerar que essa benesse foi estendida pela Lei nº 9.469, de 10.07.1997, às autarquias e fundações públicas e, em parte, também alcança as Defensorias Publicas, isto porque, pelo disposto no art. 5º, §5º, da Lei nº 1.060, todos os prazos processuais são em dobro, além de seus integrantes gozarem do direito à intimação pessoal de todos os atos do processo, do mesmo modo como acontece em relação aos membros Ministério Público.

A esses prazos dilatados soma-se ainda, para tornar mais grave o quadro de morosidade, outros instrumentos processuais de favorecimento dos entes federativos, vale dizer, da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios e órgãos da Administração Indireta de natureza pública (autarquias e fundações públicas) como é o caso do instituto do *reexame necessário* pelo qual a sentença que lhes seja contrária só produz efeito quando confirmada pelo tribunal, o que, portanto, constitui pressuposto imprescindível à execução do decidido pelos juízos monocráticos.

Esses privilégios processuais, juntamente com a prodigalidade recursal predominante no nosso país, sem margens para contestação, respondem em grande parte pela morosidade da justiça brasileira e, em vista disto, precisam ser revistos, mesmo porque também ferem o princípio da igualdade de armas que deve prevalecer integralmente em matéria processual.

10 Os defensores do sistema em vigor certamente dirão que esse vezo patrimonialista não mais predomina no sistema brasileiro cartorial e de registros públicos, pois a Constituição de 1988 obriga a prévia realização de concurso público para a delegação desses serviços. Assim não me parece, em especial porque existem cartórios e serviços de registro que garantem aos seus titulares renda mensal líquida igual ou superior a uma dezena de vezes acima do teto constitucional remuneratório do serviço público e que corresponde aos subsídios do senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal, hoje fixado em R$ 26.723,13, ou seja, cerca de 11.100,00 Euros.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 26 29/8/2012 12:13:48

Por outra ordem de motivações, antes dos agradecimentos finais, devo ressaltar que mais do que as medidas antes propostas, as quais devem ser meditadas e aperfeiçoadas para possível adoção, parece-me importante o amplo debate para a construção de soluções consistentes que possam responder aos anseios sociais por maior celeridade da justiça brasileira. Como ninguém pode desconhecer, o caminho do processo judicial como via ampla e mais segura para a solução dos conflitos de interesses individuais e coletivos, sendo, ao fim e ao cabo, um consectário lógico-natural do estado democrático de direito, que predomina em parte do mundo - e graças aos céus no Brasil - integra o DNA do fenômeno da judicialização crescente constatada nos países assim organizados. Portanto, até que a sociedade brasileira democraticamente se rearrume e alcance forjar outras instâncias pacificadoras desses conflitos, a judicialização permanecerá crescente e as soluções para manter a eficiência da justiça, isto é, a sua prestação rápida, segura e de baixo custo, exigem que o debate a esse respeito não seja mais adiado ou fracionado como querem alguns defensores da velha técnica do remendo. E é preciso começar agora, pois o nosso futuro como grande nação há muito já começou. Não é parte do amanhã, nem está mais ali.

Encerrando, agradeço, mais uma vez, o convite dos organizadores deste evento nas pessoas do Professor Clóvis Malcher Filho, digno Presidente da Academia Paraense de Letras Jurídicas, do confrade André Meira e da Dra. Alessandra Monteiro Machado, Presidente do Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Firmo um agradecimento especial ao Professor Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto, Diretor desta Faculdade de Direito, pelas gentis palavras de recepção e pela honrosa outorga da insígnia que simboliza esta veneranda Instituição. Sou igualmente agradecido aos Desembargadores Raimunda Noronha e Rômulo Nunes, meus amigos e companheiros no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que muito prestigiaram esta despretensiosa exposição contribuindo como debatedores, bem como aos demais colegas Desembargadores que me alegram com suas presenças. Por fim, agradeço a paciência do auditório e a amável atenção com que todos me ouviram, colocando-me à disposição para, dentro do possível, responder a qualquer questionamento.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 27 29/8/2012 12:13:48

Artigos

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 29 29/8/2012 12:13:48

Antonio José de Mattos Neto

A Constitucionalização do Direito de Família

Resumo

A família no direito contemporâneo tem por fundamento a dignidade da pessoa humana. A partir desse paradigma, o espaço jurídico contempla todos os modelos familiares praticados na sociedade, respeitando-se a igualdade e a liberdade entre os membros. A solidariedade é elemento traduzido no afeto e serve de sustentáculo para a corrente relacional familiar, visando a buscar o desenvolvimento e a felicidade do ser humano.

Palavras-chave

Direito de família. Direito fundamental. Dignidade da pessoa humana. Desenvolvimento e felicidade do ser humano.

Abstract

The family in contemporary law is based on human dignity. From this paradigm, the legal area includes all family models practiced in society, respect to equality and freedom among members. The solidarity is reflected in the love element and that serves as the cornerstone for the current relational family, to pursue the development and happiness of mankind.

Key words

Family law. Fundamental right. Human dignity. Development and happiness of human being.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 30 29/8/2012 12:13:48

A Constitucionalização do Direito de Família

The Constitutionalization Of The Family Right

Antonio José de Mattos Neto*

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor nos cursos de pós-graduação da Universidade Federal do Pará (UFPA) e da Universidade da Amazônia (UNAMA). Membro da União Mundial de Agraristas Universitários (UMAU), com sede em Pisa (Itália). Presidente da Academia Paraense de Letras. Membro fundador da Academia Brasileira de Letras Agrárias. Membro fundador da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Advogado. Procurador da Fazenda Nacional. Diretor Geral do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA. Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no estrangeiro. antoniojose@ajmattos.adv.br

1 SITUAÇÃO DA PROBLEMÁTICA

A família somente pôde ser organizada como formação social quando o homem passou do estado da natureza para o estado de cultura.

A família, célula nuclear do convívio social humano, é tida como a base da sociedade, motivo pelo qual as Constituições contemporâneas emprestam especial atenção a esse conjunto de relações jurídicas.

Tradicionalmente, o Direito de Família é visto como pertencente ao Direito Privado. Entretanto, graças às exigências da pós-modernidade, em que se insuflam constitucionalmente princípios contemporâneos, o Estado tem voltado os olhos para as relações familiares, até porque alguns temas, como criança e adolescente, idoso, condição da mulher, planejamento familiar, inseminação artificial, entre outros, dizem respeito à implementação de políticas públicas. A matéria deixou de ser preocupação de uma área específica do Direito e tomou proporção multifacetária. Por isso, passou a ser discutida multidisciplinarmente, entre vários saberes e sob vários enfoques. O poder estatal deve ter o cuidado de proteger e regular tais questões, e instituir programas, sem sufocar ou engessar as relações de Direito de Família.

Nesse quadro, as regras de Direito de Família não se sujeitam exclusivamente à vontade das partes, antes, algumas delas são até mesmo inderrogáveis, insubmissas à vontade individual, sendo impostas às partes, o que justifica serem chamadas de normas de interesse e de ordem pública: normas que atendem aos direitos fundamentais de cada membro da família, mas sob a perspectiva da sociedade.

Mas tal natureza não afasta a concepção de relações privadas, de cunho íntimo entre os membros familiares, que as normas de Direito de Família encerram, uma vez que dizem respeito à convivência entre pessoas baseada na consanguinidade, na afetividade ou na afinidade, tendo como sustentáculo a *affectio*. A família, como sociedade natural, é o *locus* onde se desenvolve a pessoa com o fim de realização humana.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 31 29/8/2012 12:13:48

Embora o Direito de Família congregue normas de ordem pública, de caráter supraindividual, a família não é titular de interesse apartado de seus membros, superior ao livre desenvolvimento de cada familiar, pois o interesse individual é pensado em comunhão com o do outro, sendo o interesse de um, em diferentes medidas, o interesse dos outros (PERLINGIERI, 2008, p. 974-975).

A grande vantagem do tratamento constitucional dado ao Direito de Família no Brasil foi o reconhecimento de práticas sociais antes desconhecidas pela oficialidade das leis civis. A família legalmente reconhecida deixou de ser apenas e exclusivamente a formada pelo matrimônio. A Constituição Federal de 1988 conferiu efeitos jurídicos aos vínculos de afetividades entre pessoas de sexos opostos que convivem sob o mesmo teto sem serem casadas, bem como também reconheceu como entidade familiar a formada por apenas um dos progenitores e seus filhos, chamada família monoparental. Mas deixou ao sabor da jurisprudência a questão da juridicidade das uniões homossexuais.

O ambiente que prevalece hoje no Direito de Família é o da democratização de suas relações, nas quais o homem e a mulher têm os mesmos direitos e deveres, e até os filhos podem reivindicar situações jurídicas antes inacessíveis devido à hierarquização existente.

Exige-se a construção de uma nova cultura jurídica para compreender o redimensionamento que a família passou a ter na contemporaneidade, com a ressignificação do conceito de núcleo familiar, gerando a proteção de entidades familiares não reconhecidas pela lei anteriormente, mas sem esquecer que é o afeto o fundamento maior da criação e manutenção da família.

Como base e núcleo da sociedade, a família foi objeto de preocupação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que a considerou fundamental para a sociedade, merecendo tutela da sociedade e do Estado. Daí, então, ser justificável perante as normas internacionais que o Estado de Direito brasileiro constitucionalize o Direito de Família.

Nesse sentido, a proposta de nosso trabalho é o estudo do Direito de Família, visto como um todo unitário, sem descer ao regramento de seus institutos civis, sob o enfoque do vigente constitucionalismo brasileiro, ainda que possamos pecar pela eventual superficialidade que possa ter sido dispensada ao tema.

2 A FAMÍLIA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

O direito da pós-modernidade elege os direitos humanos como paradigma de construção, interpretação e aplicação das normas que regulam a sociedade.

Esses valores essenciais para a compreensão da vida moderna estão consagrados nas Constituições contemporâneas, que têm influência decisiva nas categorias conceituais e nas decisões judiciais conducentes à realização da justiça social.

A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana e o pleno exercício da cidadania como fundamentos de todo o ordenamento jurídico-constitucional na "nova" sociedade desenhada a partir de uma nova era.

Os ventos constitucionais sopram em direção ao desenvolvimento humano, pretendendo oferecer qualidade de vida digna aos indivíduos. Nesse mister, houve uma preocupação com instituições sociais básicas da convivência humana. A família, como centro de desenvolvimento formador do indivíduo por excelência, foi objeto de tratamento constitucional em 88.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 32 29/8/2012 12:13:49

O Texto Maior centra a família como o núcleo da formação social do indivíduo. Constitucionalmente, a família tem uma específica função serviente: o desenvolvimento da personalidade de seus membros, com respeito à dignidade e à liberdade individual, à igualdade moral e jurídica e à solidariedade. Tudo começa com a família e a partir da família.

Assim, a interpretação e os estudos de Direito de Família encontram nas normas constitucionais o quadro delineador de toda sua organicidade institucional, extraindo do seio constitucional os seus princípios norteadores.

A família, vista como o grande salão central de discussão do Direito de Família, é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação civil-constitucional, tendo como substrato maior a valorização da dignidade da pessoa humana, independentemente da modalidade que a família possa assumir. Afinal, a família, de acordo com os parâmetros constitucionais, tem o fim de educação e promoção daqueles que a ela pertencem.

A partir da família, deslocam-se todos os eixos ligados ao Direito de Família: casamento, união estável, relação homoafetiva, divórcio, relação entre parentes, proteção dos filhos, tutela, curatela, etc.

O constitucionalismo moderno está atento a esse feixe de relações, cujo ponto principal está no Direito de Família, entre as relações privadas. Com a constitucionalização do Direito de Família, ficou garantida a efetividade de suas normas. O regramento estatal em questões privatísticas só é possível no espaço do Estado Social – o Estado Providência –, no qual se objetiva o bem-estar da coletividade. Entretanto, o controle deve ser tal que não interfira na comunhão de vida e espiritual instituída pela família[1].

[1] O Código Civil brasileiro, no artigo 1.513, proíbe a interferência de qualquer pessoa, de direito público ou de direito privado, na comunhão de vida instituída pela família.

A proibição de não interferência na vida familiar dá-se em respeito ao princípio de dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previsto no Texto Magno brasileiro como fundamento da sociedade e das estruturas de poder político (Constituição Federal, art. 1.º, inciso III).

A compreensão do Direito de Família na ordem constitucional exige que se alinhavem os princípios constitucionais que o regem.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

As transformações sociais constantes e a complexidade social projetam-se na formação da vida familiar e muitas vezes exigem que o intérprete pondere entre valores que se opõem. É imperioso que se adote um método de interpretação adequado e eficaz para as práticas sociais, em respeito aos princípios de justiça incorporados no Estado Democrático de Direito.

O ordenamento jurídico-constitucional é formado por normas jurídicas que podem ser princípios ou regras. "Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e possibilidades reais existentes" (ALEXY, 2002, p. 86). Assim, os princípios são mandamentos de otimização que se diferenciam das regras pela sua qualidade. É uma distinção qualitativa (ALEXY, 2002, p. 87). Regras e princípios são espécies do gênero norma, porque ambos dizem o que "deve ser".

As regras albergam comandos ou mandamentos definitivos, dos quais decorre necessariamente uma consequência jurídica; os princípios, ao contrário, são mandamentos de otimização, constituindo normas que podem ser cumpridas em diferentes graus, e a medida devida de seu cumprimento depende tanto

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 33 29/8/2012 12:13:49

das possibilidades de fato quanto das possibilidades jurídicas. O âmbito da possibilidade jurídica é determinado pelos princípios e pelas regras opostos (ALEXY, 2002, p. 86-87).

As regras contêm determinação no âmbito do fato juridicamente possível, por serem mandamentos definitivos, e sua característica de aplicação não é a ponderação, típica dos princípios, mas a subsunção (QUEIROZ, 2002, p. 69, 134).

A par da tese da otimização, a distinção entre regras e princípios é compreendida melhor ante um conflito de regras e a colisão de princípios. O conflito de regras é solucionado com a inclusão da cláusula de exceção ou declaração de invalidade de uma das regras. Assim, a norma vale ou não vale juridicamente; é o tudo ou nada. Não sendo possível solucionar o conflito de regras dessa forma, apela-se para o recurso das máximas de interpretação de lei, tais como "a lei posterior revoga a lei anterior" e "a lei especial derroga a lei geral" (ALEXY, 2002, p. 88).

Por sua vez, quando se tratar de uma colisão de princípios, não se pode anular nenhum dos princípios colidentes. Abstratamente, os princípios convivem no mesmo nível. Mas, diante de um caso concreto, os princípios podem entrar em situação de tensão. Nesse esquema, deve-se estabelecer um sistema de prevalência ou primazia de princípio, utilizando-se, para a solução judicial, o modelo da dimensão de pesos, tendo prevalência ou primazia o princípio de maior peso.

A lei de colisão é representada pela ponderação dos interesses opostos. Nessa ponderação, importa determinar qual dos interesses, abstratamente de mesmo valor, possui maior peso para o caso concreto (ALEXY, 2002, p. 90). O método da colisão consiste em estabelecer as condições sob as quais um princípio precede ao outro, para o que se chama relação de precedência condicionada (ALEXY, 2002, p. 92). Consequentemente, não há princípio absoluto (ALEXY, 2002, p. 105 et seq.).

Diante de um caso concreto, devem-se considerar as circunstâncias, situações específicas e peculiaridades do mesmo, para que se possam avaliar e pesar os interesses opostos e, ao fim, fazer preponderar o preceito mais adequado para solucionar o conflito, elegendo-se o interesse de maior peso no caso concreto.

A teoria dos princípios implica a máxima da proporcionalidade. A conexão é estreita: o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade e esta, aquela. Quer dizer, infere-se do caráter de princípio ou dele é dedutível a máxima da proporcionalidade com suas três máximas parciais, a saber: a adequação, a necessidade (adoção do meio mais benigno) e a proporcionalidade em sentido estrito (postulado da ponderação propriamente dita) (ALEXY, 2002, p. 111 et seq.).

Os princípios são mandamentos de otimização referentes às possibilidades jurídicas e fáticas. A submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o mandamento de ponderação significa a relativização das possibilidades jurídicas, ou melhor, a proporcionalidade em sentido estrito faz com que os princípios sejam mandamentos de otimização das possibilidades jurídicas. Já as submáximas de necessidade e de adequação significam o caráter dos princípios na condição de mandamentos de otimização das possibilidades fáticas (o que seja faticamente possível, diante do caso concreto).

Nesse quadro, os princípios de Direito de Família clausulados constitucionalmente, no Brasil, incorporam os valores sociais fundamentais da família. A despeito da unidade da família enquanto formação

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 34 29/8/2012 12:13:49

social integradora e una, não se pode deixar de reconhecer que, no seio familiar, convergem interesses muitas vezes antagônicos. Por exemplo, às vezes, os interesses imediatos dos filhos contrapõem-se à missão educadora dos pais, ou, então, os interesses do marido, em determinadas circunstâncias, não são os mesmos da mulher. Embora todos os interesses sejam familiares, no tensionamento, há de preponderar o interesse que melhor atenda à função educadora e realizadora dos membros da família.

Nesse passo, é curial verificarmos quais os princípios que a Constituição Federal brasileira reservou ao Direito de Família e que são utilizados para o balanceamento em eventual oposição de interesses familiares. Pode-se mencionar um variado rol de princípios, pois não há exata uniformidade na doutrina em sua enumeração. No entanto, focaremos os que exsurgem do vigente ordenamento jurídico-constitucional preenchendo a finalidade da família, desprezando-se os princípios extraídos da norma infraconstitucional civil[2].

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na contemporaneidade, a dignidade da pessoa humana funciona como a ideia central do projeto de direito. É princípio constitucional que estabelece uma das bases fundantes do Estado Democrático de Direito brasileiro e resulta do prestígio axiológico dos direitos humanos tomados como paradigma na nova ordem constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana irradia seus efeitos para exigir comportamento proativo ou omissivo do Estado e também dos particulares nas relações jurídicas entre si. Quer dizer, vincula as pessoas não só nas relações verticais entre cidadão e Estado, mas também nas relações horizontais entre os próprios indivíduos. Assim, por exemplo, o Estado tem o dever constitucional de não intervir na comunhão de vida privada dos cônjuges, nenhum programa de empresa ou associação tem o direito de interferir no planejamento familiar.

Com a eleição da dignidade da pessoa humana como núcleo da cesta de direitos humanos da Carta Constitucional, houve uma opção expressa pela pessoa, provocando uma despatrimonialização dos institutos jurídicos de Direito de Família. Passou a haver uma personalização desses institutos na medida em que os direitos humanos servem de referência para a interpretação dos temas familiares (DIAS, 2009, p. 62).

Em Direito de Família, esse princípio dá supedâneo jurídico para considerar o afeto, a solidariedade e o amor como elementos básicos do projeto de vida comum das pessoas, permitindo o pleno desenvolvimento social e a busca da felicidade pessoal de cada membro familiar (DIAS, 2009, p. 62).

Em respeito à dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 emprestou relevo jurídico a situações de fato para as quais a lei anterior virava as costas, como a união estável. Ainda, por construção de princípios constitucionais, pode-se advogar o reconhecimento de uniões homoafetivas[3]. Também em obediência àquele princípio, a nova ordem constitucional aboliu a distinção entre filhos

[2] Para os princípios constitucionais, tomaremos como referência doutrinária os princípios construídos por Maria Berenice Dias em sua obra magistral sobre Direito de Família (DIAS, 2009, p. 56 et seq.).

3 O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277 e na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, em decisão inédita e plena de conteúdo normativo, por unanimidade, reconheceu a validade jurídica do relacionamento homoafetivo, emprestando-lhe efeito vinculante.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 35 29/8/2012 12:13:49

que o Direito Civil anterior chamava de legítimos, contrapondo-os aos ilegítimos, bem como trouxe a igualdade jurídica entre marido e mulher, e exigiu obediência à dignidade da criança e do adolescente e dos idosos, entre outras questões de família que mereceram tratamento digno do ser humano.

3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

A Constituição Federal de 1988, no Preâmbulo, coloca a liberdade como um princípio a ser seguido pela sociedade brasileira e, em seu artigo 3.º, inciso I, cita como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre.

A liberdade é direito fundamental no exercício da cidadania e ponto central para a interpretação de normas no direito contemporâneo. O cidadão que goza de liberdade vai em busca de sua realização de vida feliz.

No Direito de Família, a liberdade reside na oportunidade que a Constituição Federal reconhece de a pessoa ser livre para escolher a opção sexual, como também a liberdade de estabelecer relação de vida íntima com outra pessoa, seja de acordo com as formalidades legais do casamento, seja na condição de união estável ou, mesmo, de união homoafetiva. Igualmente, a situação jurídica da mulher no novo modelo jurídico de família é um exemplo do respeito ao princípio constitucional da liberdade, bem como o reconhecimento da liberdade para a criança e o adolescente.

As relações familiares e a disciplina que elas exprimem não podem furtar-se à necessidade de um juízo de valor constitucional, em uma confrontação de direitos. O Estado tem o dever de promover a função serviente da família. Para tanto, lança de mão de programas, ou mesmo de normas, que interferem na vida interna da família. Mas a ingerência não pode cercear a liberdade que deve haver na unidade familiar e em seus membros. A liberdade representa um limite, a não ser que um outro valor de maior prestígio constitucional mereça ser tutelado.

Assim, por exemplo, o poder familiar é privativo dos pais; no entanto, se o pai e a mãe tiverem comportamento nefasto a ponto de macularem o dever de educadores dos filhos, o Estado interfere e suspende ou, até mesmo, retira o poder familiar dos progenitores por estar sendo exercido prejudicialmente à dignidade dos filhos menores.

A dimensão da liberdade é plena no âmbito da família. Os membros familiares entre si – marido e mulher, pais e filhos, filhos entre si – devem manter relações que deem espaço de atuação, com liberdade de opções e comportamentos, fazendo com que seja respeitado o valor da pessoa. A comunidade familiar, como qualquer outra formação social, deve inspirar-se na democracia: participação com igual título na condução da vida familiar (PERLINGIERI, 2008, p. 976).

3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está intimamente ligado ao da liberdade, na medida em que, havendo igualdade, não há dominação e sujeição (não liberdade) (DIAS, 2009, p. 63). Ao lado da liberdade, a igualdade é o pilar do Estado Democrático de Direito, entre outros princípios jurídicos basilares que promovem a construção social da democracia no Estado de Direito.

A realidade social é marcada pela desigualdade, pela diferença e pela pluralidade. Incumbe ao princípio da igualdade transformar a igualdade formal

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 36 29/8/2012 12:13:49

prevista em lei em igualdade material, a fim de realizar a justiça entre os membros da sociedade.

Formalmente, o princípio da igualdade está cristalizado no artigo 5.º da Constituição Federal, segundo o qual "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". O mesmo artigo reforça a igualdade formal em seu inciso I, ao rezar que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações". E, para que não reste dúvida, ao tratar sobre o Direito de Família, o Texto Constitucional reafirma que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (art. 226, § 5.º).

No âmbito do Direito de Família, justifica-se a igualdade pelos sentimentos de solidariedade e de afeto que devem presidir as relações entre os membros familiares, por formarem uma comunidade de entreajuda e amor. Reflexivamente, a igualdade aponta para o repúdio à discriminação, à exclusão e à dominação. Se há colaboração e reciprocidade de interesses entre as pessoas da família, as relações entre elas são de inclusão, de não discriminação, de igualdade, enfim.

Alguns membros da família que, no passado, tinham tratamento jurídico desigual e adverso, com os novos tempos constitucionais, passaram a ter igualdade de relação.

A condição jurídica da mulher, no passado, de não livre, apeada à condição masculina, encobria a situação de sujeição ao homem, seja marido, seja pai. Com a emancipação feminina, a mulher deu seu grito de liberdade, e a sociedade exigiu que a lei reconhecesse igualdade jurídica ao homem.

Mas a igualdade feminina é a específica para a sua condição de mulher; não é igualdade de direitos idêntica à dos homens, porquanto a mãe natureza estabeleceu a diferença de gênero, guardando para a mulher situações que só nela podem resplandecer. Assim, por exemplo, só a mulher tem direito à licença maternidade; apenas à mãe é reservado o direito à amamentação com redução de jornada de trabalho. No Direito Penal, a pena cominada ao infanticídio, praticado pela mulher sob a influência do estado puerperal, matando o próprio filho recém-nascido ou durante o parto, é menor do que a pena imputada para o crime de homicídio em geral.

Também a partir de 1988, a Constituição Federal dispensou tratamento isonômico aos filhos. A hedionda discriminação entre filhos, os havidos do casamento, porque de justas núpcias e por isso chamados legítimos, e os filhos de fora do casamento, chamados ilegítimos, caiu por terra; seja de que relacionamento for, até mesmo incestuoso, os filhos têm juridicamente igualdade de direitos. O Texto Maior exige que a família, a sociedade e o Estado salvaguardem a criança e o adolescente, de toda e qualquer forma de discriminação.

O magno princípio da igualdade alberga em seu seio a construção da liberdade. Se, efetivamente, as pessoas são livres em um mundo em que a ordem jurídica ampara suas ações e seus projetos de vida lícitos, e se, de fato, todos são iguais perante a lei e o homem e a mulher têm os mesmos direitos, por que, então, não haveria a chancela constitucional sobre a união de pessoas do mesmo sexo – a união homoafetiva? Quais impedimentos constitucionais que há para o direito não reconhecer essa união de pessoas que optam por conviver e dividir suas alegrias e tristezas com outra do mesmo sexo?

À luz da Ética, o Direito não pode tratar desigualmente os seres iguais; não há justificativa moralmente plausível para discriminar o ser humano devido a sua opção sexual.

A união homoafetiva é relacionamento humano marcado pelo vínculo do afeto, nele plenamente caracterizado o *affectio maritalis*; por isso nem sequer

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 37 29/8/2012 12:13:49

se pode falar em respeito à diferença, pois diferente não é, uma vez que o elo entre os pares é o mesmo que existe nas uniões heterossexuais – o amor. Afinal, os iguais devem ter tratamento igual na medida em que se igualam. Daí, então, a união homoafetiva ser amparada constitucionalmente.

3.4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAr

O princípio da solidariedade introduz um sentido social e finalístico no Direito de Família. A solidariedade pode ser realizada perfeitamente por meio da autonomia individual, complementando-a e organizando-a, para que, na realidade, sejam cumpridos certos propósitos sociais (TRAZEGNIES GRANDA, 1993, p. 63-64).

A solidariedade é elemento essencial nas relações entre os membros da família e deita suas bases nos vínculos afetivos. A Constituição Federal, em seu Preâmbulo, erige o Estado Democrático de Direito destinado à realização da justiça em valor supremo de uma sociedade fraterna e prega que um dos objetivos do Estado brasileiro é construir uma sociedade solidária (art. 3.º, inciso I).

Nesse sentido, a solidariedade é tomada como um dos pressupostos constitucionais e, como princípio, pode ser verificada em vários momentos da Carta Constitucional: no artigo 229, imputa-se aos pais o dever de assistir os filhos menores, enquanto os filhos maiores têm o dever de ajudar e de amparar os pais na velhice, carência e enfermidade; também nesse dispositivo está clausulada a obrigação alimentar entre pais e filhos, reciprocamente; o artigo 230 comete à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas.

Quando o Texto Magno trata de solidariedade em matéria de Direito de Família, exige-a em primeiro lugar da família, depois é que o legislador constitucional vem requisitá-la de instituições sociais (DIAS, 2009, p. 66). Isso porque a família, por ser o núcleo afetuoso da comunidade humana, é a primeira instância de que se socorre a pessoa necessitada para buscar auxílio.

A solidariedade familiar exige que cada cônjuge contribua proporcionalmente à sua capacidade econômica para o sustento do grupo, devendo até mesmo o filho contribuir, se tiver condições econômicas. Também, em relações jurídicas obrigacionais, a solidariedade é legalmente solicitada se um dos membros da família contrair dívida no interesse da família, caso em que, indistintamente, todos os que tenham capacidade de contribuir para solver a obrigação têm o dever de prestar solidariedade.

A solidariedade é tempero entre os deveres matrimoniais dos cônjuges, em qualquer modelo de família, seja originada do casamento ou não. Após o rompimento da sociedade conjugal, ou mesmo do vínculo, com o divórcio, o dever de solidariedade persiste, não sendo direito de nenhum membro familiar deixar de colaborar injustamente.

A solidariedade é verificada ante a harmonização das exigências pessoais, na qual os interesses individuais de cada um estão em relação de reciprocidade com os interesses dos outros familiares, situação indispensável para que o espaço familiar seja ambiente de vida em comum, de compreensão e de afeto, garantindo a unidade da família.

3.5 PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Antes da Constituição Federal de 1988, somente a família proveniente do casamento era legítima e reconhecida em lei e merecedora de proteção jurídica, pois era originada das justas núpcias.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 38 29/8/2012 12:13:49

A partir de 1988, a Constituição Federal reconheceu uma pluralidade de modelos de família merecedores de tutela. Houve maior flexibilidade na definição de entidade familiar. Devido ao respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, o legislador constitucional considerou família juridicamente digna de proteção a constituída pelo casamento e outras formas de família.

Em todas essas comunidades de afeto, que a Constituição Federal denomina de família, ou entidades familiares, o vínculo é solidificado pelo amor. É o intuitu familiae, pois a intenção que move os indivíduos é um projeto de vida em comum, vivendo em comunhão de interesses, pouco importando o vínculo jurídico-formal do casamento.

O Texto Magno abraçou no conceito de família a formada com o casamento. Mas não apenas, pois considerou entidade familiar a constituída pela união estável entre o homem e a mulher livres, sem impedimento para casar, adicionando que a lei deve promover a facilitação da conversão em casamento (Constituição Federal, art. 226, § 3.º).

Não bastasse isso , ainda em respeito à dignidade da pessoa humana, a Carta Constitucional reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (Constituição Federal, art. 226, § 4.º).

A Constituição Federal nada dispôs sobre a possibilidade de juridicização da entidade familiar constituída pela união homoafetiva. Entretanto, sob o amparo da não discriminação e sob a perspectiva constitucional de inclusão, considera-se entidade familiar aquela formada pela união de pessoas de mesmo sexo. Assim, a família homoafetiva passa a gerar efeitos jurídicos em situações específicas.

É indubitável, portanto, que o ordenamento jurídico-constitucional assegura proteção a diversas uniões de pessoas, evidenciando que o dado unificador é a comunhão espiritual e material.

3.6 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS, ADOLESCENTES E IDOSOS

Crianças e adolescentes têm na Constituição Federal a tutela integral (art. 227). O Texto Magno baniu o tratamento discriminatório dado aos filhos havidos extramatrimonialmente (art. 227, § 6.º). Os direitos constitucionais previstos são à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além da proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Observa-se que a Constituição Federal não economizou palavras para caracterizar situações em que a criança e o adolescente, de alguma forma, poderiam estar vulneráveis, e contra as quais os protege amplamente.

Na verdade, a Constituição quer garantir o futuro geracional para dar ao país o desenvolvimento humano e socioeconômico indispensável a um projeto de vida melhor.

Quanto ao idoso, a Carta Constitucional tutela sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, seu bem-estar, garantindo-lhe o direito à vida, imputando tal responsabilidade inicialmente à família e, depois, à sociedade e ao Estado (Constituição Federal, art. 230).

Atribui o Texto Constitucional aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade (Constituição Federal, art. 229). Assim, a dignidade do idoso está assegurada constitucionalmente, indo buscar reforço no princípio da solidariedade.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 39 29/8/2012 12:13:49

Os direitos do idoso e da criança e do adolescente, nos moldes expostos, constituem direitos fundamentais.

3.7 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O Direito pós-moderno vai buscar na solidariedade seu conteúdo ético. A solidariedade, enquanto princípio, faz-se presente no Direito de Família. Um contorno dessa diretriz é o afeto, o amor.

O Texto Magno, ao constitucionalizar a família, tornou pleno o conceito de que a família na nova sociedade brasileira é mantida pelo elo da afetividade. O afeto, o amor deve estar presente no casamento, na união estável, na família monoparental e na união homossexual – aliás, tal união, como tem por fundamento e razão o afeto, passou a ser chamada união homoafetiva.

O modelo constitucional de família é eudemonista[4] e igualitário, mantida pelo afeto e pela realização pessoal (DIAS, 2009, p. 69). A família eudemonista busca a felicidade individual a partir do processo de realização pessoal de seus membros (DIAS, 2009, p. 54). A família é identificada pela arte de vida comum, de viver com afeto, solidariedade, igualdade, liberdade e responsabilidade recíproca (DIAS, 2009, p. 55).

4 CONCLUSÃO

É inconteste que a dignidade da pessoa humana é a razão e o fundamento das relações jurídicas na sociedade. Contudo tal referencial torna-se especialmente aguçado e sintomático nas relações de Direito de Família.

O núcleo familiar assume relevância na sociedade porque diz respeito imediatamente a direitos fundamentais. A família é formação social importantíssima, mas a pessoa humana – os membros familiares – é a base de constituição da família. O foco dos direitos fundamentais está no indivíduo: no homem, na mulher e na prole.

Os modelos de entidades familiares foram consagrados na Constituição Federal em respeito aos direitos fundamentais. A condição de pessoa humana e sua dignidade impuseram ao constituinte reconhecer juridicamente as formas de união entre os brasileiros, independentemente do sexo. A condição pessoal de cada membro da família, como síntese dos direitos e deveres do homem, completa-se na assunção de um papel no seio familiar.

Levam-se em consideração os direitos fundamentais na família tendo como referência os direitos do homem enquanto tal, diferentemente da perspectiva dos direitos fundamentais, cuja referência é o homem enquanto cidadão. No Direito de Família, enfoca-se a comunidade familiar e a inserção da pessoa nela; já nas relações jurídicas perante a sociedade em geral, mira-se o indivíduo como o centro de poder da cidadania.

A família tem um caráter funcional preponderante: é o meio mais salutar da sociedade para o desenvolvimento da pessoa e a busca da felicidade. As relações de colaboração e de reciprocidade de interesses levam ao unitarismo de responsabilidade dos membros da coletividade familiar, tendo por esteio a solidariedade.

Enfim, o Direito de Família encontrou na Constituição Federal o refúgio do garantismo de um promissor desenvolvimento humano para as gerações presente e futuras.

[4] O termo "eudemonista", de origem grega, significa que o fundamento da conduta humana moral é a felicidade individual ou coletiva.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 40 29/8/2012 12:13:49

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los princípios.** Bogotá : Universidad Externado de Colômbia, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 608 p.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 1216 p.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais: teoria geral.** Coimbra: Coimbra, 2002.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. **Postmodernidad y derecho.** Bogotá: Temis, 1993. (Monografias Jurídicas, 86).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 41 29/8/2012 12:13:49

Caio Marco Berardo

Uma Análise Constitucional do Fim da Separação Judicial e Extrajudicial

Resumo

O texto faz uma análise da Emenda Constitucional n.º 66/2010 à luz da interpretação constitucional. Procura demonstrar que o casamento, muito embora tenha, ao longo dos anos, recebido tratamento de ordem pública, resume-se em um direito potestativo.

Palavras-chave

Emenda Constitucional n.º 66/2010. PEC do divórcio. Separação judicial.

Abstract

The text analyses the Constitutional Amendment no. 66/2010 under the light of the constitutional construal. It seeks to demonstrate that marriage, despite having been treated on the grounds of public policy along the years, can be summed up in one word: potestà.

Key words

Constitutional amendment no. 66/2010. Divorce PCA (Proposed Constitutional Amendment). Judicial Separation.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 42 29/8/2012 12:13:49

Uma Análise Constitucional do Fim da Separação Judicial e Extrajudicial

A Constitutional Analysis of the end of Judicial and Extrajudicial Separation

Caio Marco Berardo*

* Graduado em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), pós-graduado em Direito Público, com ênfase em Direito do Estado, pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP-SP). Foi advogado, delegado de polícia no Estado de São Paulo e assistente jurídico no Tribunal de Justiça de São Paulo. É professor de Direito Constitucional, Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). É autor do livro Direito Constitucional, publicado pela Editora MB.

Há quase dois anos, a edição da Emenda Constitucional n.º 66/2010, com sua redação singela e objetiva, trouxe à baila a discussão a respeito do fim da separação judicial no ordenamento brasileiro.

Muito já se discutiu sobre o tema, mas vale ainda analisá-lo.

A norma trouxe a seguinte redação, *in verbis*:

Artigo 1.º O § 6.º do artigo 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

> Artigo 226 [...]
> § 6.º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (NR)
> Artigo 2.º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

De forma árdua, os civilistas defendem que, para que houvesse o desaparecimento da separação judicial, seria necessária a revogação expressa da lei ordinária que o disciplina. Baseiam-se nos artigos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

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

Respeitosamente, crê-se que a questão não é tão simples assim. Faz-se necessário um raciocínio hermenêutico à luz da Constituição, que avocou a tarefa de disciplinar o tema, não o deixando apenas a critério do legislador ordinário.

Dessa forma, não obstante o caráter analítico da Constituição brasileira, não foi à toa que o divórcio e a separação foram previstos em seu texto. Isso se deu por conta da característica formal de nossa Carta, ao passo que toda matéria nela inserida é considerada constitucional, seja qual for o tema que abarque.

E qual a razão de tornar a matéria constitucional?

A resposta é simples. Na época da edição da Constituição de 1988, o Brasil acabava de encerrar uma ditadura, e o constituinte optou por inserir na Carta diversos assuntos, aos quais – muito embora

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 43 29/8/2012 12:13:49

pudessem ser tratados pelo legislador ordinário – preferiu atribuir uma maior blindagem diante da rigidez da Constituição que ora seria promulgada.

Com isso, deu tratamento de ordem pública a vários direitos de caráter privado, tais como os direitos trabalhistas e sindicais, as questões de família e herança. A justificativa reside no fato de tais direitos, na ocasião, representarem recentes conquistas e necessitarem de certo engessamento a fim de se evitar fácil modificação pelo legislador ordinário.

Fora isso, a explicação encontra fundamentos na evolução histórica. As ideias religiosas sempre tiveram grande influência valorativa no campo do direito de família. Tanto na Grécia quanto na Roma antiga, já se disciplinava o início e o fim do casamento.

A influência foi maior ainda na época em que o direito canônico foi fortalecido com o domínio da Igreja. Para o direito canônico, o divórcio significava apenas separação de corpos, e não rompimento de vínculo.

No Brasil, com o advento da República e a instalação de um Estado laico, muito embora se tenha retirado da Igreja e se transferido ao Estado a matéria atinente aos registros, o casamento continuou a ser disciplinado como valor. O Código Civil de 1916 adotou a concepção canônica, e o divórcio ganhou o nome de desquite.

O desquite não dissolvia o casamento.

Não obstante a tentativa de se romper o vínculo entre Estado e religião, uma leitura dos dispositivos constitucionais e legais que disciplinaram o casamento ao longo dos séculos XIX e XX permite concluir que, durante todo esse período, ele recebeu tratamento de instituto público.

Veja-se:

> Constituição de 1891: "Art. 72, § 4.º – A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".
>
> Código Civil de 1916: "Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354)".
>
> Constituição de 1934: "Art. 144 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado".
>
> Constituição de 1937: "Art. 124 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos".
>
> Constituição de 1946: "Art. 163 – A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado".
>
> Constituição de 1967: "Art. 167 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1.º – O casamento é indissolúvel".
>
> Constituição de 1969: "Art. 175 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1.º – O casamento é indissolúvel".

Foi somente com a Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, que se pôde observar o início de uma ruptura efetiva, porém gradual, entre direito e valores religiosos. O esforço em favor da separação definitiva dessas duas searas foi arduamente defendido à época pelo senador Nelson Carneiro que, juntamente com o senador Accioly Filho, foi autor do Projeto de Lei n.º 156/77, que deu origem à Lei n.º 6.515/77, denominada Lei do Divórcio.

Com a edição da Emenda n.º 9/77, o artigo 175 da Constituição de 1967 passou a ter a seguinte redação:

> § 1.º – O casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 44 29/8/2012 12:13:49

> que haja prévia separação judicial por mais de três anos.
>
> Art. 2.º – A separação, de que trata o § 1.º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

Mais tarde, a Constituição de 1988 reduziu o prazo da separação antecessora do divórcio de três para um ano e ainda criou a figura do divórcio direto. Veja-se:

> Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 6.º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Embora a redação original da Constituição de 1988 tenha exigido apenas o requisito temporal e nenhum outro mais, diante dos mandamentos da Lei n.º 6.515/77, iniciou-se a discussão para definir se o divórcio poderia dar-se sem a partilha de bens, pois, de forma específica, o artigo 31 da Constituição assim o exigia: "Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens".

Venceu a tese da desnecessidade.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 197: "O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens". (Súmula 197, Segunda Seção, julgado em 8 de outubro de 1997, *DJ* 22 out. 1997, p. 53614).

Em seguida, o Código Civil de 2002 positivou o assunto ao tratá-lo especificamente no artigo 1.581, *in verbis*: "O divórcio pode ser concedido sem que haja partilha de bens".

Observa-se, assim, a ocorrência de um fenômeno comum no direito de família: as normatizações nesta área sempre derivam da consolidação de entendimentos jurisprudenciais pelos operadores do direito. Todavia, atualmente, por conta da mutação de valores sociais e morais, as transformações no mundo fático se tornaram tão dinâmicas que a legislação há pouco editada muitas vezes já nasce ultrapassada.

Nessa linha de raciocínio percebe-se que o processo de pôr fim ao casamento foi simplificado paulatinamente, acelerando-se nos últimos tempos. Ao prever a separação e o divórcio administrativos, a Lei n.º 11.441/2007 criou mais uma facilidade, colaborando, assim, para a desburocratização do divórcio.

Todavia, foi somente com a edição da Emenda Constitucional n.º 66/2010 que se concretizou o rompimento entre o Direito e a Religião. Após anos de mera separação, o divórcio entre os dois finalmente ocorreria.

Os valores religiosos que, até então, permaneciam atrelados à legislação foram finalmente afastados do campo jurídico com a edição da "PEC do Amor". Conforme lembra Pablo Stolze (2010), vige,

> mais do que nunca, agora, o princípio da ruptura do afeto – o qual busca inspiração no 'Zerruttungsprinzip' do Direito alemão (princípio da desarticulação ou da ruína da relação de afeto) – como simples fundamento para o divórcio.

No que concerne à legislação infraconstitucional existente, que até então regulamentava a questão, de início, valem os fundamentos do juiz Lauro Fontes Junior, que esclarece a desnecessidade e a impossibilidade de a lei ordinária continuar a regulá-la da mesma forma como vinha fazendo:

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 45 29/8/2012 12:13:49

> De fato, desde então, dado o fenômeno da horizontalização dos direitos constitucionais, tenho que o divórcio passou a ser um direito potestativo, sem qualquer condicionante ao seu exercício. É que, não obstante a legislação infraconstitucional formalmente ainda exigir referido prazo, ao se ter em análise o fenômeno, numa interpretação axiológica da carta constitucional, como também ao fazer uma leitura do princípio da intervenção mínima do Estado na intimidade, tenho que ocorreu a supressão deste prazo pelo fenômeno da revogação.
>
> Não se trata de uma interpretação autêntica, pois a pretensão do legislador somente se materializaria caso fosse editada nova norma explicativa. Logo, não me cabe aqui presumir qual foi a intenção original do legislador quando da sua função legiferante. Em verdade, o que faço, e como já dito, é apenas uma leitura sistemática do ordenamento, e nesta tarefa não me afasto das opções axiológicas da nossa atual sociedade brasileira.
>
> Assim, ao interpretar o Código Civil à luz do texto constitucional, entendo que a retirada do lapso temporal da redação do parágrafo 6.º, artigo 226, da CF/88, repercutiu diretamente nas relações civis, não carecendo de qualquer liame normativo infraconstitucional para veicular a revogação em tela.
>
> Repito; não há qualquer necessidade de nova regra infraconstitucional para tanto, pois, o raciocínio hermenêutico que afastou a dicotomia classificatória direito privado/público ou rompeu com as técnicas usuais de interpretação, se traduziu como revogação imediata da norma da infraconstitucional descrita no parágrafo 2.º, artigo 1580, do Código Civil.
>
> Com isso, a dissolução da sociedade conjugal passou a ser um direito potestativo, não exigindo qualquer condicionante.

Conforme dito, parte-se do pressuposto de que o divórcio e a separação foram previstos na Constituição Federal, não por se constituírem em matéria de ordem pública, mas com o fim de garantir aos indivíduos a possibilidade de não permanecerem casados contra sua vontade.

A eliminação do elemento tempo atinente ao fim do matrimônio do plano constitucional não significa dizer que o legislador infraconstitucional não possa regulamentar a matéria. Poderá, sim, afinal, a regulamentação do registro ainda permanece como matéria de interesse público. Dessa forma, a disciplina legal deverá tão somente tratar da forma pela qual se dará o rompimento, como de fato o fez.

Portanto não é conferido ao legislador o poder de limitar o exercício de um direito potestativo, o de encerrar um casamento.

Vale aqui a observação de Ferraz Junior (2003, p. 295), quanto à interpretação restritiva:

> recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva.

A questão do lapso temporal corresponde justamente ao objeto material condizente com o fim do casamento. Uma vez eliminada pelo constituinte, por certo que, quanto a isso, o legislador infraconstitucional não poderá recriá-la ou mantê-la sob pena de limitar o exercício desse direito.

Nesse trilho, chega-se à conclusão de que, no campo material, a legislação infraconstitucional que regulamentava o fim do casamento caducou.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 46 29/8/2012 12:13:50

Por que caducou? Esclarece-se.

A figura da caducidade muitas vezes é ignorada pelos aplicadores do direito, ao passo que, às vezes, é vista como revogação.

Ocorre a caducidade quando o objeto regulamentado pela lei deixa de existir. Partindo dessa premissa, desenvolve-se o seguinte raciocínio: a legislação infraconstitucional, que previa o lapso temporal e havia sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pelo fato de esta ter assinalado prazo compatível com a norma que já existia, não tem mais razão de ser; com a edição da Emenda Constitucional n.º 66/2010, o próprio constituinte dispensou a necessidade do requisito tempo.

Vale observar ainda que, antes da aprovação da Proposta de Emenda à Constituição n.º 28/2009, que deu origem à Emenda Constitucional n.º 66/2010, tramitou pela Câmara dos Deputados a proposta de Emenda à Constituição n.º 413/2005, que propunha a seguinte redação ao § 6.º do artigo 226 da Constituição Federal: *"o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei"*.

Vê-se, assim, que houve a supressão da expressão "na forma da lei". Isso comprova que o objetivo final do legislador foi extinguir os prazos anteriormente fixados pelo ordenamento. A manutenção da expressão significaria permitir a sua regulamentação pelo legislador ordinário, que poderia inclusive ampliá-los, retrocedendo as conquistas.

Já na proposta, a exposição de motivos trazia o seguinte fundamento:

> A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como do Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos. Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 47 29/8/2012 12:13:50

> ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial (PEC 33/07. Dep. Sérgio Barradas Carneiro).

Ao analisar a redação final, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado emitiu, em 24 de junho de 2009, o Parecer n.º 863 e opinou: *"passados mais de trinta anos da edição da Emenda Constitucional n.º 9, de 1977, perdeu completamente o sentido manter os pré-requisitos temporais de separação judicial e de fato para que se conceda o divórcio"*. No mais, ainda fez constar que não há razão para manter a separação: *"a regra não é rígida, sobretudo porque existem as uniões estáveis, elevadas ao patamar do casamento civil e que podem ser desfeitas ao alvedrio dos companheiros"*.

Ora, se o fim da união estável não necessita de transcurso do lapso temporal e se ela equivale ao casamento, por que diferenciá-los?

Até mesmo o pensamento de Maximiliano (1998, p. 79-80), hermeneuta considerado clássico, serve de sustentáculo:

> A norma positiva não é um conjunto de preceitos rijos, cadavéricos, e criados pela vontade humana; é uma força viva, operante, suscetível de desenvolvimento; mas o progresso e a adaptação à realidade efetuam-se de acordo, aproximando, ou pelo menos aparente, com o texto; não em contraste com este.

Não há mais razão para esperar o transcurso do lapso temporal anteriormente exigido pelo § 6.º do artigo 226 da Constituição Federal, tampouco para optar pela separação.

A jurisprudência já se inclina nesse sentido:

> Separação judicial. Pedido de conversão em divórcio. Emenda Constitucional n.º 66/2010. Aplicação imediata e procedência do pedido. Determinação de regular andamento do feito em relação aos demais capítulos. Recurso provido (Agravo de Instrumento 0357301-80.2010.8.26.0000. TJ/SP, 8.ª Câmara de Direito Privado, Relator Caetano Lagrasta. J. 10/11/2010).

Do julgado se extrai:

> Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, e a nova redação do § 6.º do artigo 266 da Constituição Federal, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico. A referida norma é de aplicabilidade imediata e não impõe condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, sejam de natureza subjetiva – relegadas para eventual fase posterior à discussão sobre culpa, ou objetivas – transcurso de tempo.

A interpretação constitucional não se limita à leitura literal do texto, inclui também a sua relação com todo o sistema normativo, e mais, voltada para os seus destinatários.

Vale aqui expor a ideia de Peter Häberle (1997, p. 45), para quem deve haver um diálogo permanente entre a Constituição e a realidade constitucional, de modo a valorizar a função dos agentes que conformam essa realidade. Leciona o autor:

> Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos [...] Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes corporativos ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo.

Para Peter Häberle, não existe norma jurídica, há apenas norma jurídica interpretada.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 48 29/8/2012 12:13:50

CONCLUSÃO

A exigência de se observar o decurso do tempo deixou de existir.

Caducaram as normas que disciplinavam o transcurso do tempo. Recriá-las seria o mesmo que limitar o exercício do direito pertencente aos cidadãos ávidos por encerrar o relacionamento no campo jurídico.

O direito regulamenta fatos. Se o afeto terminou no mundo fático, por que prevalecer, ainda que temporariamente, no mundo do direito?

Conclui-se assim que, finalmente, o casamento passa a ser encarado como um instituto atinente apenas aos contraentes. Fica claro que a necessidade de discipliná-lo juridicamente não diz respeito ao campo do afeto, elemento única e exclusivamente ligado ao sentimento dos indivíduos, seres humanos.

Finalmente o divórcio divorciou-se da vontade do Estado e da religião.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. 300 p.

BASTOS, Celso; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 1982. 125 p.

BULOS, Uadi Lamego. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva,1997. 215 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina,1991. 1214 p.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 370 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: C. Bastos, 2001. 174 p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris,1997. 55 p.

HABERMAS, Jurgen. **Dialética e hermenêutica**. Porto Alegre: L&PM,1987.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. **Direito constitucional**. 27. ed. Barueri: Manole, 2005. 308 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. 3 v.

MAXIMILIANO, Carlos.. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 48 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 277 p.

STOLZE, Pablo. **A nova emenda do divórcio**: primeiras reflexões. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969/a-nova-emenda-do-divorcio. Acesso em 09 set. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado,1999. 264 p.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 49 29/8/2012 12:13:50

Reynaldo Andrade da Silveira

Apontamentos sobre a Lei nº 11.101/2005: algumas das novas ferramentas introduzidas no direito brasileiro

Resumo

A Lei 11.101/05 introduziu um novo sistema concursal no direito brasileiro, trazendo novos institutos (recuperação judicial e recuperação extrajudicial) destinados a auxiliar as empresas (individuais e coletivas) em crise econômico-financeira, bem como revisitou a multi-secular falência. O artigo se propõe a destacar e examinar, ainda que brevemente, essas novidades deitando comentários e críticas de sorte a colaborar na interpretação dessas normas em pleno curso no ordenamento nacional. O trabalho faz um cotejo da nova com a velha ordem jurídica falimentar, se escora na nova doutrina surgida com o texto legal.

Palavras-chave

Direito Falimentar. Concursal. Recuperação Judicial. Recuperação Extrajudicial. Falência. Órgãos. Empresas.

Abstract

Law No. 11.101/05 has introduced a new competitive award procedure in the Brazilian law system, bringing up new institutes (judicial and extrajudicial recovery) designed to foster both collective enterprise and single entrepreneurship under financial crisis. It has also revisited the multi – secular bankruptcy issue. The paper is proposed to highlight and briefly examine these novelties, posing comments and criticisms in a way to corroborate the interpretation of such norms that are underway within the national law. The work compares the new and the old legal bankrupt systems on the grounds of the new doctrine ensued from the legal text.

Key words

Legal Bankrupt System. Competitive Award Procedure. Judicial Recovery. Extrajudicial Recovery. Bankruptcy. Organs. Enterprises.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 50 29/8/2012 12:13:50

Apontamentos sobre a Lei nº 11.101/2005: algumas das novas ferramentas introduzidas no direito brasileiro

Reynaldo Andrade da Silveira*

Notes on Law no. 11.101/2005: Some ff the New Tools Introduced in The Brazilian Laws

* Advogado, Mestre em Direito pela UFPA, Professor de Direito Falimentar na Graduação e de Direito do Consumidor na Graduação e Pós-Graduação da UFPA. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

1 INTRODUÇÃO

Em 9 de junho de 2011, a Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, completou 6 (seis) anos de vigência. O aniversário em junho decorre do disposto no artigo 201 que determinou sua entrada "em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação".

O Brasil dos últimos 50 anos não é um país em que leis (algumas delas de excelente qualidade e oportunidade) não existam. Muito pelo contrário. A pesquisa mais superficial que seja feita nos *sites* das casas legislativas – federal, estaduais e até municipais (de centenas de municípios) – permitirá que se constate a coexistência de milhares de textos legais disciplinando uma gama imensurável de assuntos – uns muito importantes, outros nem tanto –, o que demonstra a concentrada produção legislativa dos representantes do povo brasileiro. A despeito disso, esse considerável número de corpos de lei muitas vezes não tem expressão ou justificativa sequer para sua existência, ou, por outra, as leis contradizem-se, simplesmente não têm um propósito bem definido, podem ser inseridas ou catalogadas no grupo do casuísmo ou pragmatismo da hora ou do interesse de quem governa.

A cada "novidade" legislativa que circula pelos órgãos oficiais, questiono-me sobre a importância daquele novo texto legal que chega a confundir tribunais, juízes, representantes do Ministério Público (MP), advogados e o próprio cidadão, sendo certo que este último assiste passivamente ao dramático espetáculo sem muito entender ou nem sequer conhecer seus direitos, tantos são as leis, os decretos, as medidas provisórias, as portarias, os regulamentos e similares.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 51 29/8/2012 12:13:50

Por isso, um primeiro questionamento que esboço neste trabalho é perquirir sobre a real necessidade[1] da Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, uma vez que vigorava há quase 60 anos seguidos o Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, regulando a falência e as concordatas. Vale dizer: até que ponto se justificaria a sanção ou a promulgação pelos órgãos constitucionalmente competentes para se acreditar que essa nova lei seria mesmo necessária? Ou, por outra, quais as razões de simplesmente não se reformar o sexagenário decreto-lei e seguir com sua estrutura? Haveria mesmo motivos determinantes para se revogar o texto de 1945 e construir outro corpo?

Ao longo destas considerações, procuro enfrentar esse problema. De outra banda, objetivo ao longo deste artigo pôr em evidência algumas novidades[2] introduzidas pelo novo diploma de lei (n.º 11.101/05), checando sua validade, pertinência, adequação e oportunidade.

2 O DECRETO-LEI N.º 7.661, DE 21 DE JUNHO DE 1945

Ao meu sentir, o Decreto-Lei nº 7.661, sancionado pelo Presidente Getúlio Dornelles Vargas, foi uma lei que nasceu condenada à rápida desatualização.

Com efeito, o ano de 1945 ficou na História como o tempo em que se encerrou o maior conflito da humanidade, qual seja a II Guerra Mundial, que ceifou milhões de vidas, destruiu dezenas de países e alterou o curso do mundo e significativamente a economia do planeta.

Nessa época, diversas economias do mundo inteiro, mesmo entre os vitoriosos, buscavam reabilitação e realinhamento no novo tempo de paz, especialmente com a desmobilização das tropas, a divisão dos dois blocos ideológicos predominantes (capitalista vs comunista), as transformações sociais ocorridas, a necessidade de reconstrução de alguns países quase totalmente destruídos no embate.

É nesse contexto histórico[3] que surgiu o Decreto-Lei n.º 7.661/45, a Lei de Falências e Concordatas, dando nítido destaque à quebra, inspirada ora num individualismo próprio do sistema liberal, ora numa intervenção drástica e até injusta do Estado, ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro as concordatas (preventiva e suspensiva).

No contexto do Decreto-Lei já quase inteiramente revogado, destacavam-se:

a) o caráter excessivamente liquidatório do diploma legal, olvidando a função e a importância da então denominada sociedade mercantil;
b) as regras predominantes de processo (um processo civil muito especial) para regrar, na verdade, a eternização da falência;
c) as regras de direito penal, infirmando a velha noção do "crime e castigo" da falência em seus primórdios;
d) o enfrentamento de um grave problema econômico (a crise econômico-financeira e a insolvência) com normas de estrito sentido jurídico, esquecendo as diferenças importantes entre Direito e Economia[4], tornando o processo falimentar uma pantomima;

[1] A propósito da necessidade da lei e das críticas sobre o Decreto-Lei de 1945, convém consultar interessante Introdução de Tzirulnik (2005, p. 32 et seq.).

[2] Mandel (2005, p. 1-5) faz interessante, mas incompleto resumo das principais alterações da nova ordem falimentar.

[3] Para bem compreender o fenômeno da insolvência e suas consequências jurídicas e históricas, ver Vigil Neto (2008, p. 47), especificamente, a parte "Antecedentes históricos do direito falimentar".

[4] As "fronteiras entre o direito e a economia" são muito bem explicadas por Vasconcelos (2009, p. 110 et seq.).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 52 29/8/2012 12:13:50

e) a busca, declarada, por soluções jurídicas rápidas para a insolvência, aliás, pretensão jamais alcançada;
f) o desconhecimento da teoria da empresa, já em vigor na Europa[5];
g) um emaranhado de normas de cunho processual que facilitavam a protelação e o alongamento desmedido do processo de falência;
h) a desatenção do legislador, em especial, a que essas disposições não atendiam a nenhum dos credores da sociedade comercial em crise ou falida, porquanto nem trabalhadores, nem o Estado, nem as demais classes de credores seriam satisfeitos, minimamente, com tal procedimento, notadamente o cidadão comum, que se via privado dos bens ou serviços antes produzidos pela sociedade falida;
i) o mito da propriedade imobiliária;
j) a participação intensa do Ministério Público[6] que, por intermédio de suas curadorias ou promotorias, nada contribuía para a obtenção de soluções satisfatórias ou velozes.

Não bastasse isso, o mundo, de um modo geral, e o Brasil, em particular, nesses últimos 60 anos, mudaram e muito.

Para ninguém é necessário dizer ou explicar que nossa economia avançou demais nessas décadas, passando a produzir e até a exportar bens de qualidade tecnológica considerável, disputando no mundo, hoje globalizado, com os tradicionais exportadores do planeta.

No momento em que escrevo, o Brasil é considerado um dos países do mundo que mais cresce, tendo uma sólida economia, muito embora – e isso também é uma verdade – no campo social ainda haja muito o que fazer.

Por outro lado, nesse período de tempo, a classe trabalhadora ilustrou-se e organizou-se, apesar de ainda termos conhecimento de uma chaga que envergonha o país, quando se cogita de "trabalho escravo". O próprio Estado brasileiro avançou muito na área de tributos e arrecadação; a Previdência Social ganhou *status* e importância a partir dos anos 60 do século XX, alcançando quase toda a população brasileira. O crédito expandiu-se, e os credores, nacionais e estrangeiros, têm hoje perfil diferente; a atividade empresarial cresceu enormemente. A sociedade, enfim, modificou-se.

Em virtude disso tudo, permanecíamos nós, brasileiros, convivendo com o vetusto diploma legal de 1945.

Em 1993, um projeto de lei foi apresentado no Congresso Nacional, passando a percorrer seus corredores. O objetivo desse projeto era de uma nova lei de falência.

Como de costume, um longo caminho percorreu o projeto de lei, mas, com o advento do Código Civil brasileiro (CCB) de 2002, em janeiro de 2003, a situação do Decreto-Lei n.º 7.661/45 ficou insustentável. Há muitas razões para se fazer tal afirmação.

De efeito, o CCB/2002 revogou expressiva parte do Código Comercial brasileiro de 1850, abraçou a "teoria da empresa", passou a regular, no Livro II, o Direito de Empresa, reportando-se nessa parte ao empresário, à sociedade empresária e à sociedade simples, bem como a alguns modelos de sociedade, somente excluindo as sociedades por ações; trouxe novos princípios e conceitos, totalmente incompatíveis com o decreto-lei de 1945.

[5] França (2009, p. 511) discorre sobre a teoria da empresa.

[6] A participação do MP e também do juiz é exposta de forma clara e precisa por Campinho (2006, p. 45 et seq.).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 53 29/8/2012 12:13:50

Era necessário mudar. E não somente mudar, mas também adequar a lei brasileira à nova realidade da economia global, permitindo e assegurando os investimentos estrangeiros que projetassem o Brasil, mas também oferecendo um ambiente melhor aos credores do devedor em crise, amparando os trabalhadores – os primeiros punidos pela quebra – e de resto a sociedade civil, reflexamente penalizada pelo desmonte da unidade econômica.

O problema da insolvência[7] do devedor empresário passou a ser enfrentado de outra maneira.

A conclusão a que se chega nessa parte é que a Lei n.º 11.101/2005, efetivamente, era uma lei necessária, quer pelo anacronismo do texto legal de 1945, quer pela total incompatibilidade com o Código Civil de 2002 e, sobretudo, com a nova ordem da economia.

3 A PRETENSÃO DA LEI N.º 11.101/2005

Da análise do texto legal em comento, depreendem-se as seguintes características da nova legislação:

a) procura democratizar o processo concursal, nova denominação do direito falimentar, importada, sobretudo, do direito francês – tal democratização traduz-se na "desjudicialização", pela qual se minimiza o jurídico e se buscam soluções de mercado, apresentadas pelos próprios e principais atores desse processo (devedor e credores);
b) insere como princípios a celeridade e a economia dos processos concursais (arts. 47 e 75, § único);
c) introduz, no leque de leis brasileiras, novas ferramentas, como a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, destinadas a contornar crises de natureza econômica e financeira nas empresas (individuais e coletivas) economicamente viáveis;
d) atribui um novo papel ao juiz que preside o processo concursal que passa a atuar fortemente em prol da legalidade e da legitimidade dos atos cometidos, todavia, sem interferir nas soluções de mercado encontradas pelo devedor e por seus credores, respeitados os limites impostos pela lei;
e) traz ao sistema novos órgãos auxiliares do Judiciário, com atribuições próprias e modernizadas, como o administrador judicial (correlato do antigo síndico da massa falida ou comissário das concordatas) com deveres e atribuições bem definidos – o qual pode, ao cabo e ao resto, muito contribuir para a celeridade e a economia do processo –, a Assembleia Geral de Credores, com funções bem desenhadas nas recuperações e na falência, permitindo intensa participação dos defensores de crédito no processo concursal, e o Comitê de Credores, para auxílio no cumprimento dos deveres e atribuições do administrador judicial;
f) garante, a despeito do veto presidencial ao artigo 4º, a atuação do Ministério Público como *custus legis* – o que não constitui um desprestígio às funções constitucionais do Parquet, cuja atuação em um dos poucos momentos é absolutamente necessária (art. 142, § 7º), – nada impedindo que o MP ingresse no processo a qualquer momento na qualidade de fiscal da lei, denunciando fraudes ou crimes, propondo a ação revocatória[8] (art. 132), por exemplo;
g) estabelece uma nova hierarquia de créditos, inovando nos créditos trabalhistas – ao limitá-los em 150 salários mínimos, o que sobejar

[7] O problema da insolvência e seu processo é bem explicado por Leitão (2006, p. 45).

[8] A propósito, há uma excelente e específica obra sobre o assunto de autoria de Claro (2005).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 54 29/8/2012 12:13:51

sendo considerado crédito quirografário –, não limitando o crédito acidentário do trabalho, recolocando o crédito com garantia real em segundo lugar, logo após os créditos trabalhistas, e criando o crédito subordinado;

h) considera mais do que privilegiado o crédito trabalhista de natureza estritamente salarial, vencido nos três meses que antecedem a quebra, limitado a 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador.

i) ficam prestigiados, seguindo os créditos do item h supra, os pedidos de restituição e créditos extraconcursais, assim entendidos aqueles cuja incidência ocorram após a decretação da falência, bem como a remuneração do administrador judicial, honorários de peritos e advogados, etc.;

j) fica bem resolvida a definição da não sucessão (tributária, trabalhista e acidentária do trabalho) tanto nas recuperações como na falência - aqui medrava grande confusão na ordem jurídica pretérita, na medida em que credores trabalhistas e fiscais insistiam na tese de que o adquirente de bens do devedor que haviam sido arrecadados no momento da realização dos ativos (alienação por leilão e outras formas) seria sucessor do devedor falido, o que desestimulava a participação de arrematantes.

As novidades são bem-vindas, todavia não se pode apostar que a Lei n.º 11.101/02005 seja um texto revolucionário ou de transformação social ou que vá, num passe mágico, arredar todos os conflitos, deficiências e mazelas que foram experimentadas pelo Decreto-Lei de 1945.

Admitir isso seria esperar demais de um diploma legal que atualiza e moderniza, é verdade, o enfrentamento de um velho problema, mas não o resolve de todo, porquanto, com clareza, vejo a complexidade natural do processo concursal, além dos problemas crônicos de desaparelhamento do Poder Judiciário, e, sem dúvida, da ânsia ou da ambição de credores de todas as classes, ávidos de ter seus créditos atendidos, a qualquer custo.

4 ANÁLISE PARTICULARIZADA DE ALGUMAS DAS NOVAS FERRAMENTAS

Estão relacionadas no item 3, supra, alguns pontos trazidos pela Lei n.º 11.101/05 para o direito brasileiro que julgo importantes. Cabe aqui comentá-los com alguma densidade, de sorte a melhor explicá-los.

4.1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Em breve e direta exposição, considero que tanto a recuperação judicial quanto a extrajudicial constituem o ponto alto da nova lei brasileira.

Com efeito, o convívio com as concordatas (preventiva e suspensiva) ao longo das seis décadas de vigência do decreto-lei de 1945 tornou-se insuportável.

Introduzidas como novidades em 1945, as concordatas tornaram-se obsoletas e até inexistentes, tal como ocorreu com a concordata suspensiva, verdadeira letra morta na realidade brasileira.

O número de concordatas suspensivas em mais de meio século de existência da lei de 1945 é mínimo, inexpressivo. Há boas razões para isso. Na dicção do revogado artigo 178 do Decreto-Lei n.º 7.661/45, a pretensão do devedor deveria ser manejada "dentro de 5 (cinco) dias seguintes ao vencimento do prazo de entrega do relatório do síndico." Ora, tal "relatório" deveria ser apresentado depois da apresentação do quadro geral de credores e do despacho que decidisse o inquérito judicial – peça inócua e felizmente banida do direito brasileiro pela nova lei de 2005.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 55 29/8/2012 12:13:51

Além disso, e ainda na dicção do texto de 1945, o pedido do comerciante ou da sociedade comercial para concordata suspensiva seria endereçada aos credores quirografários, aos quais seria oferecido, apenas "por saldo de seus créditos", o pagamento de pelo menos 35%, se à vista, e 50% com prazo não superior a 2 (dois) anos, 2/5 pagáveis no primeiro ano.

Por evidente, a concordata suspensiva não poderia ser objeto de prática. Um olhar mais atento permite a qualquer um compreender que, após o relatório do síndico e o final do inquérito judicial, ninguém, nem mesmo o devedor, teria mais interesse em tentar salvar seu negócio, já desacreditado por todos. Cabe observar mais que as concordatas (tanto a suspensiva como a preventiva) abrangiam apenas os créditos quirografários. Sabe-se que os quirógrafos são, de todas as classes de créditos, os mais volumosos (e também nervosos); não impedem o desenvolvimento do negócio, como os trabalhistas e fiscais, que inviabilizam e chegam mesmo a desmontar o aparelho econômico, tal a força, o prestígio e o privilégio de que são dotados e que exercem em nosso país.

Quanto à concordata preventiva, a circunstância de ser um favor legal do Estado ao "comerciante honesto, mas infeliz nos negócios"; a exigência do não protesto cambiário (que fomentou uma indústria de fraudes); a não participação direta dos credores quirografários e a possibilidade de procedentes os embargos à concordata na convolação em falência não acresciam grande valor à economia brasileira. Na verdade, a concordata preventiva, no mais das vezes, funcionou como uma antessala da falência, momento em que se permitia a consumação do esvaziamento dos bens do hoje empresário para frustrar os credores na falência.

Como a suspensiva, a concordata preventiva foi revogada, e não sem tempo, de nosso direito.

O modelo legal de 2005 trata de recuperação judicial (art. 47 e seguintes) e recuperação extrajudicial (art. 161 e seguintes).

A recuperação judicial é uma ação de natureza constitutiva que deve, necessariamente, ter como foro o juízo do principal estabelecimento do devedor. A inspiração para a adoção desse instrumento vem do direito estrangeiro, especialmente do francês[9] e do norte-americano.

Creio que há uma simetria da lei sobre a qual discorro com a função social da empresa e de outros princípios da ordem econômica, preconizados na Constituição Federal de 1988.

Não se pode negar a importância das empresas nas sociedades modernas. Afinal, são as empresas que mais contribuem com os tributos para a máquina fiscal do Estado brasileiro. São elas as principais fontes de emprego e de produção de bens e serviços para a massa consumidora. Seus avanços e progressos geram bem-estar e desenvolvimento para muitos.

O desmantelamento de uma unidade econômica provoca uma sequência de malefícios sociais, tais como desemprego, cessação do pagamento de tributos e interrupção do fornecimento de bens e serviços, além, é evidente, do não atendimento dos credores, todos levados ao juízo falimentar, por força dos princípios da universalidade, da unidade e da indivisibilidade, mantidos no novo corpo de lei como regras.

Por isso, o legislador importa do direito alienígena esse importante instituto, que permite às empresas viáveis a "manutenção da fonte produtora" (pretensão mediata), tendo em vista a superação da crise econômico-financeira, atendidos os objetivos definidos como "o emprego dos trabalhadores" e o interesse dos credores (pretensão imediata),

[9] Reforçam esse entendimento as palavras de Roque (2005, p. 19).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 56 29/8/2012 12:13:51

a preservação da empresa e de sua função social e, consequentemente, o estímulo à atividade empresarial (art. 47).

Desse dispositivo legal (art. 47), extraem-se os princípios[10] cardeais da recuperação, como a viabilidade econômica da empresa, o *par conditio creditorum*, a conservação e a maximização dos ativos, a predominância do atendimento dos credores, a preservação da atividade empresarial e a publicidade de procedimentos, como enfatiza a doutrina.

Facilmente se descortina que, diferentemente das concordatas, a recuperação judicial não é "o favor legal" de outrora. Tal "favor" era imposto pelo juiz aos credores quirografários, exclusivamente. A concordata traduzia-se numa proposta de pagamento (dilatória, remissória ou mista) em até 24 meses, nos percentuais determinados pelo decreto-lei.

A condição *sine qua non* – a empresa em recuperação deve ser economicamente viável –, aliada aos demais requisitos impostos na lei de 2005, bem traduz o propósito do legislador no assunto.

Ademais, os meios de recuperação judicial[11] listados em *numerus apertus* (e não *numerus clausus*), no artigo 50, revelam que se busca a reorganização da atividade empresarial, a fim de que os objetivos perseguidos sejam atingidos e os envolvidos na atividade econômica – empregados, Estado, credores e consumidores – possam continuar usufruindo, cada qual a seu tempo e seu interesse, das suas prerrogativas.

Também é bem definido que a intervenção do domínio público no particular é saudável, visto que persegue fins altaneiros e fá-lo, por intermédio do Poder Judiciário, observando estritamente o princípio constitucional da legalidade, como auxílio de órgãos constituídos especificamente para o processo concursal, tais como o Administrador Judicial, a Assembleia Geral de Credores, o Comitê de Credores e até um Gestor Judicial, este último para a hipótese do afastamento do devedor do comando da empresa, especificamente na recuperação judicial. Tais órgãos, ao lado do Ministério Público – que exerce sua função de *custus legis* –, têm a missão de fiscalizar o cumprimento do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Esse plano constitui uma moderna (mais real e mais prática) maneira de enfrentamento da crise econômico-financeira, além de indicar como o devedor pretende superar o problema surgido. Tanto assim é que o plano (de recuperação) é apresentado na assembleia geral de credores (AGC), presidida pelo Administrador Judicial, e aos credores (trabalhistas e acidentários do trabalho, de garantia real, com privilégios especial e geral) e quirografários, que votam, aprovando-o ou rejeitando-o. Aprovado, instaura-se um regime de intervenção, que permite o prosseguimento da atividade econômica, sob a fiscalização do Estado, vinculando ao plano credores e devedor.

Rejeitado o plano de recuperação judicial pela AGC, cumpre ao juiz, como regra, decretar a falência do devedor, deixando a lei uma exceção a essa regra nas hipóteses dos §§ 1.º e 2.º do artigo 58 da lei em comento.

Nesse rol de novidades no processo de recuperação judicial, convém destacar o seu prazo. Ficou estatuído que o devedor permanece em recuperação judicial por 2 anos depois de sua concessão, e o descumprimento de qualquer obrigação importa na convolação em falência. Após

[10] Com extrema pertinência, os princípios reitores da lei são destacados e comentados por Fazzio Júnior (2005, p. 30 et seq.).

[11] Consulte-se, a propósito dos meios de recuperação judicial, o excelente trabalho de Rachel Sztain na obra coletiva de Souza Júnior ; Pitombo (2005, p. 229-246).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 57 29/8/2012 12:13:51

esse período de tempo (2 anos), os credores poderão exercer livremente seus direitos, caso as obrigações do devedor não sejam por ele honradas.

Esse mecanismo permite que, sem as amarras temporais das concordatas, devedor e credores ajustem, em consenso, que as obrigações sejam fixadas em 8, 10, 15 ou mais anos, por exemplo.

4.2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS MICROEMPRESAS E NAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE: O PLANO ESPECIAL[12]

Mais de 98% das empresas brasileiras são classificadas como microempresas (ME) ou empresas de pequeno porte (EPP). Tais empresas são assim definidas hoje pela Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

Desatento à realidade brasileira, o Decreto-Lei n.º 7.661/45 não dava ênfase a essa massa de empresas, não lhes conferindo, de fato, qualquer tratamento especial.

A Lei 11.101/2005, contudo, reconhece e disciplina um processo de recuperação judicial voltado especialmente para as ME e EPP, nos artigos 70 a 72.

Ao fazer tal contemplação, o legislador impôs alguns limites a essa recuperação judicial, que considera especial:

a) segue a norma geral do juízo universal e uno, abrangendo, entretanto, apenas os credores quirografários, excluindo, tributários, fiscais, com garantia real e os demais;
b) exclui os débitos provindos de recursos oficiais;
c) limita o pagamento dos créditos quirografários em até 36 meses, com juros de 12% acrescidos de correção monetária;
d) impõe que o primeiro pagamento ocorra até 180 dias da data da distribuição do pedido ao juiz;
e) condiciona o aumento de despesas e a contratação de empregados ao consentimento do juiz, que ouvirá o administrador judicial e o comitê de credores, se houver;
f) não suspende outras ações e execuções por créditos não alcançados pela recuperação judicial especial em curso, nem determina a suspensão da prescrição;
g) dispensa a convocação da AGC;
h) a concessão ou não da recuperação judicial é da competência exclusiva do juiz de direito;
i) estabelece que o pedido será julgado improcedente pelo juiz, caso credores de mais da metade dos créditos quirografários apresentem objeção ao pleito de recuperação judicial especial.

Esse modelo de recuperação judicial tem sido criticado, com certa aspereza, pela doutrina criada em torno dele. Seja como for, considero que avançamos ao contemplar a grande massa empresarial brasileira com esses poucos dispositivos, ainda que deva concordar com a aproximação desse modelo às concordatas. Tampouco vejo com bons olhos a possibilidade de ser decretada a falência, caso os titulares de mais da metade desse tipo de crédito – que pode estar concentrado em um ou poucos detentores – não concordem com o plano especial de recuperação.

4.3 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Com natureza jurídica de acordo privado (art. 167), a recuperação extrajudicial é constituída de 2 fases: a) uma primeira, que se passa extrajuízo e se concretiza na seleção e na convocação dos credores pelo devedor, seguindo-se a deliberação, que é

[12] Bezerra Filho (2007, p. 189-195) debruça-se com muita pertinácia sobre o assunto.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 58 29/8/2012 12:13:51

instrumentalizada em um documento; b) a segunda tem como pano de fundo o Judiciário e busca a homologação pelo juiz competente que, recebendo a pedido, determina, ato contínuo, a publicação de edital no órgão oficial, convocando credores para a apresentação de impugnação, no prazo de 30 dias. Resolvido esse incidente, se houver, o juiz homologará ou não o acordo.

Essa breve síntese que se destina singelamente a contextualizar a novidade legal exige algumas considerações a mais.

4.3.1 A legalidade do procedimento

Prima facie, sob a égide do Decreto-Lei n.º 7.661/45, o fato de convocarem-se credores e propor-lhes "dilação, remissão de créditos ou cessão de bens", conforme o item III, do artigo 2.º, era considerado um ato caracterizador do estado falimentar.

Ora, é exatamente isso que pretende a recuperação extrajudicial que se analisa aqui.

Como se intui, o que antes era considerado expressamente pela lei de 1945 como postura do devedor comerciante ou da sociedade mercantil como sinalizadora da insolvência, passou a ser, a teor do disposto nos artigos 161 a 167 da Lei n.º 11.101/05, um procedimento legal, cujo escopo é a superação da crise econômico-financeira que se abate sobre o devedor empresário ou da sociedade empresária.

4.3.2 Nomen juris

Uma leitura desatenta pode levar o incauto a admitir que a recuperação extrajudicial, toda ela, tem curso fora do Judiciário – como o nome do novo instituto pode levar a crer. Ledo engano. O que tem trânsito fora do Judiciário é a primeira fase do procedimento, quando devedores e credores se encontram e debatem as condições do plano de recuperação. Todavia, elaborado o instrumento, seguir-se-á, necessariamente, uma fase do mesmo procedimento que será levado à consideração e à decisão de um juiz de direito, observando-se o rito traçado na lei em comento.

4.3.3 Legitimidade[13] para o requerimento e créditos participantes

A iniciativa da recuperação extrajudicial é do devedor, normalmente, e das pessoas extraordinariamente legitimadas no texto legal para fazê-lo, quais sejam, o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor, ou seu inventariante, o cotista ou acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade. Desse rol, está excluído o credor do devedor empresário ou da sociedade empresária.

Convém destacar que a seleção de credores é feita pelo devedor ao seu nuto, mas nem todos os credores podem participar desse modelo de recuperação. Veda a lei a inclusão dos créditos de natureza tributária, trabalhista, acidentária do trabalho, bem como o proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, o arrendador mercantil, o proprietário ou promitente vendedor de imóveis cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive incorporações imobiliárias ou do proprietário de contrato de venda com reserva de domínio, e ainda o crédito decorrente de adiantamento de contrato de câmbio para exportação.

Razões de ordem legal (e até moral, como a dos créditos trabalhistas), e de natureza indisponível, justificam plenamente a não abrangência desses créditos na recuperação judicial.

[13] Perin Júnior (2006, p. 335 et seg.) discute a questão da legitimidade da postulação nas recuperações.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 59 29/8/2012 12:13:51

Todas as demais classes de crédito – como de garantia real, privilégio especial e geral, quirografários e subordinados – podem ser selecionadas e com o devedor celebrar o instrumento para a recuperação extrajudicial.

Cabe acentuar também a vedação da lei ao tratamento desfavorável aos credores que não possam participar desse modelo de recuperação, por motivos mais do que evidentes.

Ressalte-se ainda que os credores que possam vir a ser convocados pelo devedor não estão obrigados a aceitar a proposta que lhes é apresentada, nem o devedor tem a obrigação de convocar todos os credores das classes que possam vir a integrar a recuperação extrajudicial, reafirmando-se aqui a natureza de acordo privado entre quem deve e quem tem crédito.

4.3.4 Inviabilidade do pedido

A lei em vigor torna inviável o pleito de recuperação extrajudicial caso o mesmo devedor tenha em curso, simultaneamente, uma recuperação judicial, ou ainda caso tenha postulado e obtido, há menos de 2 anos, recuperação judicial ou homologado outro plano de recuperação extrajudicial. O sentido é claro: inviabilizar a "indústria" desses pleitos. Afinal, pretende-se, com as ferramentas das recuperações, superar crises econômico-financeiras excepcionais, e não tornar isso uma regra à disposição do empresário com más intenções ou incompetente.

4.3.5 Juízo competente e efeito do instrumento apresentado ao Judiciário

Por força do disposto no artigo 3.º da Lei n.º 11.101/05, o juízo competente para processar e homologar (ou não) a recuperação judicial é o principal estabelecimento do devedor, se nacional, ou a filial da empresa que tenha sede no estrangeiro.

Deve-se consignar que a apresentação do pedido de recuperação extrajudicial ao juízo competente não implica a suspensão de quaisquer direitos de outros credores, ainda que das classes passíveis de serem abrangidas que não foram selecionados, ou, se foram selecionados, não aceitaram a proposta, menos ainda de outros que não poderiam sequer vir a celebrar o acordo privado, como os de crédito trabalhista, por exemplo.

Aliás, nem mesmo o pedido de falência fica inviabilizado, em consequência da recuperação judicial.

4.3.6 Vinculação e impossibilidade de desistênciado aderente e regra de exceção

Como regra, o instrumento que é assinado por devedor e credores selecionados, que aceitaram as condições propostas e constantes do instrumento, vincula as partes que o fizeram. Em sentido contrário, quem não foi selecionado, ou, se o foi, mas não aceitou as condições, mantém na íntegra o seu direito de crédito de modo integral, podendo, inclusive, exercê-lo normalmente. Vale dizer, para esses credores não há, como regra, qualquer vinculação ao que ficou ajustado no plano levado à homologação.

Entretanto, e a fim de tornar a recuperação extrajudicial um meio legal célere de resolução de patologias econômico-financeiras, impede a lei que o credor aderente ao pedido já apresentado em juízo dele desista, salvo se os demais credores que igualmente firmaram o pedido, conjuntamente com o devedor, também o fizerem. A medida é bem razoável, na medida em que impede o abuso de direito dos titulares de crédito e dá prestígio ao pedido, evitando-se a protelação e a insegurança dos negócios jurídicos que podem abalar o mercado.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 60 29/8/2012 12:13:51

4.3.7 A sentença e efeito vinculativo interno e externo

Como procedimento judicializado, a recuperação extrajudicial segue uma liturgia específica e traçada na lei em comento. Ultrapassadas as condições, requisitos e pressupostos processuais, bem como a fase contraditória, momento em que os credores que não subscreveram o instrumento elaborado em consenso com o devedor podem objetar o pedido por qualquer das razões legais que inviabilizem a pretensão, descortinam-se duas possibilidades: a) a objeção é aceita pelo juiz e a recuperação extrajudicial extingue-se, podendo, entretanto, ser renovada; b) a objeção não é apresentada ou não é acolhida, e a sentença homologa o "acordo privado" estabelecido entre o devedor e os credores que dela participam, ficando todos vinculados ao que foi estabelecido no plano de recuperação extrajudicial. Cumprido o plano, as obrigações pactuadas estarão extintas e não haverá saldos devedores a cobrar do empresário ou da sociedade empresária. Ao reverso, descumprido o plano de recuperação extrajudicial, o procedimento encerrar-se-á, retornando as obrigações ao estado anterior[14], deduzidos os valores eventualmente pagos pelo devedor aos credores.

Resta considerar uma importante novidade da lei, qual seja, a que se refere ao efeito vinculativo externo.

Com efeito, não há nenhuma novidade em se compreender que se vinculam as obrigações estatuídas no plano de recuperação extrajudicial àqueles que o subscreveram, por evidentes razões.

Entretanto prevê a mesma lei um efeito vinculativo externo: as bases do acordo privado alcançam quem não foi selecionado pelo devedor, ou, se convocado, não compareceu ou não aceitou as bases da transação.

Por outras palavras, a sentença homologatória estenderia seus efeitos a credores que não participaram por qualquer meio do processo de recuperação judicial. Tal possibilidade é expressamente prevista na lei (art. 163) e aplica-se quando 3/5 do valor dos créditos da classe participam do processo e estão de acordo com a forma da transação submetida ao judiciário.

É imperioso fazer tal destaque, uma vez que, de acordo com o modelo padrão da recuperação extrajudicial, a sentença produz seus efeitos apenas para os credores que aceitaram a transação e a subscreveram, como é óbvio. Aliás, e ainda no campo mais ortodoxo, credores que não foram selecionados, ou, se o foram, não aceitaram as bases do acordo ou de qualquer modo não firmaram o termo, podem a qualquer tempo exercer plenamente seus direitos e inclusive requerer a falência do devedor, não se cogitando de suspensão de ações e/ou de prescrição.

5 SOBRE A FALÊNCIA

Uma vez registradas algumas das mais importantes novidades introduzidas pela Lei n.º 11.101/05 no ordenamento jurídico brasileiro em sede de recuperação de empresas (judicial e extrajudicial), cumpre discorrer sobre a falência propriamente dita.

Em primeiro lugar, é necessário fazer uma anotação. O processo de falência para a esmagadora maioria dos brasileiros e dos operadores do direito assemelha-se a um drama ou a uma tragédia infindável. Não seria sem razão que pensassem assim, em decorrência da experiência vivida nos últimos 60 anos. Por outro lado, para uma expressiva parte dos cidadãos, o processo de falência não tem qualquer atrativo ou propósito, não se podendo esperar nada de bom dele. Equivaleria a um monstro a ser enterrado com enorme dificuldade. Talvez

[14] A questão é complexa e importante. Há um bem lançado artigo de Chaves (2008, p. 147-170).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 61 29/8/2012 12:13:51

essa fotografia explique por que os créditos trabalhistas e fiscais (de todas as esferas da federação), diante do processo falimentar, não aceitem submeter-se ao rito e, assim, não raramente, busquem excutir seus créditos à margem da falência, ou melhor, a despeito dela.

Parece fora de dúvida que já superamos – embora não totalmente – aquela velha noção de falência como vingança, pena ou delito. Está suficientemente claro que as sociedades empresárias como o empresário individual padecem de patologias, nem sempre acarretadas por suas diatribes.

Tais patologias têm origem interna ou externa, nacional ou internacional, e, algumas vezes, provocam enorme abalo na economia que produz a insolvência. Para qualquer sistema econômico, o desaparelhamento de uma unidade de produção não é bem-vindo. Num efeito "cascata" ou "dominó", muitos perdem, ninguém vence, como já exposto alhures. Sucede que o mercado precisa de um instrumento legal para dele expurgar aquilo que não é bom ou saudável. O grau de contaminação é alto, e uma sociedade empresária que opere de forma heterodoxa pode abalar o crédito de todo um corpo social. Daí se justificar até hoje, mesmo passados tantos séculos de seu nascimento na velha Europa medieval, a existência desse peculiar processo, denominado "falimentar".

Seu escopo é bem definido: promover a liquidação de uma empresa insolvente, observando regras legais que impeçam a desigualdade no recebimento dos créditos, a prática de crimes, o descumprimento absoluto de obrigações e o favorecimento próprio ou de terceiros.

Por isso, as leis procuram estabelecer um procedimento legal que permita aos credores participar do processo e, dentro das forças e possibilidades da massa, receber seus créditos ou parte deles. Esse é o problema.

Não é difícil imaginar a dificuldade disso, especialmente, se considerarmos a pluralidade de credores, que, algumas vezes, ultrapassam o milhar, todos com uma única pretensão: satisfazer seu crédito plenamente, o que na maioria das vezes não é possível.

Talvez isso permita que se compreendam os problemas inerentes à falência com a arrecadação, a habilitação, a verificação e a classificação de créditos, a organização do quadro geral de credores, a ordem de credores, a forma da liquidação dos ativos e, por fim, o pagamento dos credores.

Todas essas fases consomem o tempo e os bens do ativo do devedor falido.

Para contornar tais problemas, a nova lei brasileira inovou, adotando princípios cardeais, bem como formas procedimentais na tentativa de tornar ágil esse processo. Examinemos os instrumentos que podem tornar o processo de falência mais veloz.

5.1 OS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA

Mais do que um discurso vazio ou letra morta, a Lei n.º 11.101/05 torna imperativa a adoção dos princípios de celeridade e de economia.

Na época em que vivemos – com a economia globalizada por meio de negócios continentais e intercontinentais, a Internet e a eletrônica comandando nossas vidas –, não poderia ser diferente ante a liquidação de uma unidade empresarial insolvente.

O retardamento da ultimação da falência não aproveita a ninguém, especialmente à massa de credores, ao Estado, aos consumidores, à sociedade, enfim.

Pelo princípio da **celeridade**, o juiz que preside o processo de falência deve tomar decisões rápidas

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 62 29/8/2012 12:13:51

que busquem a finalização daquilo que atravanca o mercado e atrai prejuízos gerais para os interessados e o próprio Judiciário. Está correta a Lei n.º 11.101/05, a promover um mínimo de legalidade e desjudicialização no processo falimentar, permitindo que as forças de mercado ajam com a velocidade que lhes é inerente e característica para que rapidamente seja completada a liquidação.

Ainda que inexista uma estrutura do Judiciário favorável a essa rapidez – estrutura inexistente até em outros processos tipicamente de índole jurídica –, o Estado pode, por meio de varas especializadas, dar cumprimento ao comando da lei.

Quanto ao princípio da **economia**, imbricado no da celeridade, fica claro que, da rapidez na realização do ativo e no pagamento do passivo, resultarão frutos bons, porquanto se estaria dando cumprimento ao pretendido pelo legislador, até porque expressiva parte dos bens da vida que utilizamos hoje tem seus valores depreciados na mesma velocidade com que são introduzidos no mercado empresarial.

5.2 PISO PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE FALÊNCIA

Num outro momento, o legislador brasileiro atentou para um grave problema que, por mais de meio século, atazanou o Judiciário, comerciantes, sociedades comerciais e advogados. Muitos, mas muitos pedidos de falência eram apresentados à justiça ou utilizados como se fossem um pedido de cobrança de um crédito não pago. Os exemplos sucederam-se aos montes, especialmente apresentados por credores do Sul e do Sudeste do Brasil contra devedores de outras regiões do país. Não adimplida a obrigação, o credor simplesmente protocolizava um pedido de falência em substituição à ação de execução. Embora fosse uma prática nitidamente abusiva, que resvalava da moralidade, não se poderia cogitar de ilegalidade, na medida em que a própria lei de 1945 permitia que assim se procedesse. Esse modo de agir por muitos foi percebido, forçando sábias decisões de tribunais de todo o país a conter tal procedimento.

A nova lei adotou um piso para o pedido de falência no artigo 94, estabelecendo um valor correspondente a algo "superior a 40" salários mínimos na data do ajuizamento da ação[15].

Numa pesquisa feita dois anos após a sanção presidencial ao texto legal de 2005, constatou-se que mais de 60% dos pedidos de falência haviam diminuído no Brasil.

Cabe observar que o valor em real correspondente a 40 mínimos não é muito significativo, o que demonstra a necessidade de correção. Por outro lado, essa aparente não expressiva modificação já é responsável pela contenção de um percentual muito importante na sufocação do Judiciário.

5.3 SUCESSÃO NA ARREMATAÇÃO[16]

Um problema que se arrastou por décadas seguidas foi a interpretação por alguma doutrina (por evidente equivocada), além de decisões de cortes estaduais coonestando esse despropósito, que levou à bancarrota milhares de comerciantes individuais e sociedades mercantis.

Registra-se que a desregulamentação específica dessa questão compunha o dramático quadro de desprestigio do processo de falência.

De efeito, já combalido por inúmeras outras regras e "crenças" legais atadas fortemente ao estritamente

[15] A novidade legal é objeto de comentários de Guimarães (2007, p. 56 et seq.).

[16] O tema sucessão na arrematação é comentado por Rodrigues Netto (2007, p. 202 et seq.).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 63 29/8/2012 12:13:51

jurídico ou legal, o processo de falência arrastava-se até o longínquo momento da realização do ativo. Ao chegar a esse ponto, os bens arrecadados que haviam resistido todo esse tempo (muitos já depreciados) não seduziam os eventuais arrematantes, visto que a justiça fiscal e a trabalhista compreendiam que o arrematante era sucessor do devedor falido. O entendimento tornava o processo falimentar um nada.

Com a nova disposição, o arrematante, salvo os casos legais que excepcionam a regra, fica livre desse estigma e pode com tranquilidade fruir do bem arrematado sem tal entendimento.

Anote-se que as ressalvas da lei em vigor são absolutamente procedentes, porquanto pretendem evitar a simulação e a fraude (art. 141, § 1.º, I, II e III).

Tal pequena, mas importante modificação promoverá verdadeiro avanço na realização do ativo e no pagamento do passivo do devedor falido, dando segurança jurídica ao arrematante.

5.4 PARTICIPAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES (AGC)17

O processo de falência tornou-se mais democrático com a nova Lei n.º 11.101/05.

Uma das razões dessa transformação está na introdução em nosso direito da assembleia geral de credores. A bem da verdade, o decreto-lei de 1945 reportava-se a uma AGC, mas com outra modelagem (ver art. 122 e §§ da velha lei).

O texto legal da atualidade inclui a AGC nas disposições que são comuns[18] à recuperação de empresas e à falência, com atribuições não idênticas, por evidente.

A AGC desempenha um papel fundamental na recuperação judicial. Na falência, suas atribuições modernizam-se e democratizam-se especialmente, não somente na fase da realização do ativo – quando convocada pode opinar pela melhor e mais rentável forma de obter frutos da massa falida, a fim de atender melhor aos credores –, como também na constituição do Comitê de Credores, na escolha e na substituição de seus membros, e, ainda, em qualquer outra matéria que possa de algum modo interessar aos credores, como soa o artigo 35, II, letras "b" a "d".

A grande diferença, ao meu sentir, está no fato de que, no direito pretérito, tal decisão ficava confinada ao juiz – no máximo, havia a colaboração do síndico da massa falida, sendo ambos pessoas não necessariamente identificadas com problemas de natureza intrinsecamente econômicas –, que deliberava sobre tudo, o que concorria para a frustração dos credores.

Atualmente, permite-se que a massa subjetiva (os credores) participe efetivamente do processo de falência, não ficando restrita à AGC a realização do ativo, havendo a expectativa, pois, de melhores resultados.

5.5 REALIZAÇÃO DO ATIVO E SUAS FORMAS19

Atenta à realidade em que se vive, rompeu a Lei n.º 11.101/05 com um dogma que atravancava o processo falimentar do Decreto-Lei n.º 7.661/45.

Uma leitura demonstrará que a lei moderna persegue o objetivo de maximizar os ativos do devedor falido, e isso poderá ocorrer, caso não haja demora ou retardamento na conclusão dessa fase. Constata-se que estão presentes aqui, de modo nítido, os princípios da celeridade e da economia.

[17] Sobre órgãos da falência na ordem da Lei n.º 11.101/05, consulte-se Almeida (2006, p. 197-215).

[18] As disposições comuns ao novo processo concursal brasileiro merecem especial destaque de Pacheco (2006, p. 37 et seq.).

[19] Führer (2005, p. 46), de modo resumido e objetivo, enfrenta esse assunto.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 64 29/8/2012 12:13:51

Assim, ao precipitar e desde logo permitir que os ativos arrecadados sejam realizados, a lei moderna possibilita resultados positivos.

Ademais, além do leilão (forma tradicional e de todos já conhecida até pelo Decreto-Lei de 1945), a nova lei acrescentou duas outras formas de realizar o ativo: a proposta e o pregão.

Através da proposta, o administrador autorizado pelo juiz publica editais, convocando os interessados a enviar em documentos fechados propostas para a aquisição dos bens do falido, destacando o local, o dia e a hora em que serão abertos os envelopes. Em ato formal, presentes o juiz, o representante do MP, o administrador judicial, entre outros órgãos auxiliares do Judiciário, abrem-se os envelopes e vence a melhor proposta, qual seja, a que oferece o melhor preço.

Quanto ao pregão, forma híbrida de leilão e de proposta, é dividido em duas etapas: a) a primeira, quando se anuncia a espécie de realização de ativo, convocando-se interessados a participar enviando para determinado local, dia e hora, em envelope fechado, a proposta para a aquisição dos bens do falido; b) a segunda, quando esses envelopes são abertos, participando do leilão somente as propostas que alcancem pelo menos 90% do valor do maior preço oferecido.

6 À GUISA DE CONCLUSÃO

Por evidente, não se pretende nestas breves notas exaurir tão complexo assunto. A intenção, é chamar a atenção de muitos para a existência de algo novo em nosso "reino", com uma nova estrutura, formatação, preocupação e objetivos. Devem, pois, os operadores do direito estar atentos.

Afinal, não se modificou apenas um corpo de leis, mas se pretendeu também alterar uma concepção, dotando o texto de novas pretensões e objetivos a perseguir. Para tanto, o legislador brasileiro inspirou-se na legislação estrangeira, num momento em que, verdadeiramente, o direito falimentar no Brasil necessitava mudar, a fim de se alinhar ao que os demais países capitalistas, sobretudo os ocidentais, têm praticado.

O objetivo maior de tudo isso é aperfeiçoar a justiça, compreender a importância da atividade empresarial, suas patologias e sua necessidade de permitir a recuperação e o significado da quebra, um infortúnio que já perdura há séculos e nada demonstra que será alterado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 407 p.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas falências comentada**: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. 4. ed., rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 446 p.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa:** o novo regime da insolvência empresarial 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 467 p.

CHAVES, Natália Cristina. Novação ou inovação? In: CASTRO, Moema A. Soares de; CARVALHO, William Eustáquio de (Coord.). **Direito falimentar contemporâneo**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. 317 p., p.147-170.

CLARO, Carlos Roberto. **Revocatória falimentar**: de acordo com a nova lei de falências. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. 319 p.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 65 29/8/2012 12:13:51

DEL PRIORE, Mary. **Condessa de Barral**: a paixão do Imperador. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. 259 p.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 378 p.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. 716 p.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Roteiro das falências, concordatas e recuperações**. 20. ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 2005. 278 p.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação judicial de empresas e falência**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 237 p.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Código da insolvência e da recuperação de empresas**: anotado. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. 399 p.

MANDEL, Julio Kahan. **Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada**: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005. 284 p.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**: em conformidade com a Lei n° 11.101/05 e a alteração da Lei n° 11.127/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 444 p.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006. 494 p.

RODRIGUES NETTO, Nelson ; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de; BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007. 240 p.

ROQUE, Sebastião José. **Direito de recuperação de empresas**. São Paulo: Ícone, 2005. 471 p.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de ; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101/2005. São Paulo: RT, 2005. 670 p.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 332 p.

VASCONCELOS, Ronaldo. **Direito processual falimentar**: de acordo com a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 392 p.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**: estudos sobre a Lei n. 11.101/05. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008. 319 p.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 66 29/8/2012 12:13:51

Daniella S. Dias

O Paradigma Constitucional para o Desenvolvimento Urbano e o Necessário Planejamento Integrado para a Implementação de Políticas Públicas

Resumo

O presente artigo objetiva analisar o novo paradigma que o texto constitucional de 1988 apresenta para o desenvolvimento urbano, tendo em vista o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. A expressão "pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade" revela uma forte ampliação das funções e atividades públicas, pois as normas urbanísticas devem incluir o ser humano como ator preponderante na análise dos contextos espaciais. No entanto, a efetiva concretização do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade pressupõe um planejamento integrado e a necessária vivência do federalismo cooperativo.

Palavras-chave

Desenvolvimento urbano. Funções sociais da cidade. Federalismo cooperativo.

Abstract

he present paper aims to analyze the new paradigm presented by the constitutional text of 1988 with the purpose of fostering the urban development, being mindful of the full development of the social functions of the city. The term "full development of the social functions of the city" reveals a significant extension of the of the public functions and activities, for the urban norms must encompass the human being as a predominant agent in the analysis of distinct contexts. However, the effective embodiment of the full development of the social functions in a city, presupposes an integrated planning and the necessary experience of the cooperative federalism

Key words

Urban development. Social functions of the city. Cooperative federalism.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 68 29/8/2012 12:13:52

O Paradigma Constitucional para o Desenvolvimento Urbano e o Necessário Planejamento Integrado para a Implementação de Políticas Públicas

The constitutional paradigm for the urban development and the necessary integrated planning for the improvement of public policies

Daniella S. Dias*

*Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-doutorado na Universidad Carlos III de Madrid. Professora da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora da Pós-Graduação da Universidade da Amazônia (UNAMA). Promotora de Justiça. daniella@mp.pa.gov.br; diasdaniella@gmail.com.

1 - O PARADIGMA CONSTITUCIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO URBANO: O PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE

Nosso texto constitucional apresenta um conjunto de princípios, de diretrizes axiológicas que apontam para a necessidade de atuação do Estado no sentido de criar espaços urbanos, com qualidade de vida, segurança e bem-estar para todos.

As determinações impositivas para que o Estado atue tendo em vista a construção de cidades sustentáveis estão expressas no capítulo constitucional sobre a política urbana, assim como no complexo sistema normativo de regras e princípios que compõem uma nova concepção de justiça socioambiental.

Vale aduzir que a nova concepção de justiça socioambiental pode ser apreendida por meio de interpretação constitucional, pela releitura de princípios constitucionais, como o princípio da função social da propriedade, o princípio da igualdade, o princípio da dignidade humana, o princípio do direito à qualidade de vida e ao meio ambiente sadio. Por outro lado, o artigo 170 do texto constitucional revela que a ordem capitalista deve desenvolver-se por meio da atuação interventiva do Estado, a fim de garantir, para todos, a existência digna, em consonância com os ditames da justiça social[1], graças à concretização de diversos princípios.

A leitura do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – do texto constitucional permite-nos compreender que os princípios especiais da atividade econômica também são direcionadores da política urbana. E essa análise é pertinente não somente pela definição topográfica do capítulo da Política Urbana, que está inserido dentro do título da Ordem Econômica e Financeira, mas principalmente porque os princípios especiais da atividade econômica, sobretudo o da função social da propriedade, estão intrinsecamente relacionados à implementação de políticas urbanas. Elas devem ser legitimadas por práticas democráticas e concretizar a existência digna nos espaços urbanos por meio de serviços que garantam o bem-estar de

[1] Salienta CastanTobeñas (1966, p. 51; 61) que a vinculação com o bem comum, que expressa o sentido de justiça social, não contradiz o fundamento da dignidade humana. A justiça social, segundo o autor, constitui-se na aplicação da ideia de justiça coadunada com as exigências e necessidades sociais, bastante diferentes das concepções de justiça dos séculos passados. O sentido de justiça social está diretamente relacionado com as exigências da vida atual, com as questões econômico-sociais e também espirituais. Para García (1998, p. 262), "[...] la idea de justicia social en la Declaración Universal hunde sus raíces en las causas profundas de los conflictos y exige la satisfacción a todo individuo de los derechos económicos y sociales, indispensables para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad junto con el respeto efectivo de sus derechos civiles y políticos".

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 69 29/8/2012 12:13:52

seus habitantes e o cumprimento das funções sociais da cidade (CF, art. 182 c/c art. 29, incisos XII e XIII).

O artigo 182 do texto constitucional prescreve a obrigatoriedade de atuação do poder público para que as políticas de desenvolvimento urbano consigam propiciar espaços urbanos dignos à sobrevivência, em igualdade de condições para todos, por meio do desenvolvimento das funções sociais da cidade. Essa norma com conteúdo principiológico determina a implementação nos espaços urbanos de políticas públicas, cuja responsabilidade precípua cabe aos municípios.

Sobre a expressão "funções sociais da cidade", contida no artigo 182 da Constituição Federal, Saule Júnior (1997, p. 61) afirma que deve ser lida como verdadeiros interesses difusos. Explica o autor:

> não há como identificar os sujeitos afetados pelas atividades e funções das cidades, os proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes, migrantes, têm como contingência habitar e usar um mesmo espaço territorial, a relação que se estabelece entre os sujeitos é a cidade, que é um bem de vida difuso.

Para Saule Júnior, o entendimento do artigo 182 do texto constitucional pressupõe a compreensão de que as funções sociais da cidade devem ser desenvolvidas para que todos possam ter acesso a ambientes sadios, com condições de vida digna; portanto, as funções sociais da cidade não podem ser desenvolvidas para beneficiar tão somente uma parcela da população.

Segundo Krell (2008, p. 57), foi a Carta de Atenas que, em 1933, definiu as necessidades fundamentais de vida que as cidades devem, por meio de seus dirigentes, atender: habitar, trabalhar, recrear e circular. Essas funções, segundo Krell, são funções básicas e devem ser expressas na legislação urbanística, bem como concretizadas por meio da atuação dos órgãos públicos competentes.

Ora, se as funções sociais da cidade devem ser expressas na legislação urbanística, o desenvolvimento urbano municipal por meio do parcelamento, do uso e da ocupação do solo, bem como por meio do planejamento municipal, somente pode ser concebido tendo em vista a concretização das funções sociais da cidade. Isso significa dizer que o ordenamento dos espaços urbanos deve refletir os valores constitucionais para a construção de sociedades mais justas e dignas para se viver, visto que a regulação urbanística objetivará normatizar a conformação de toda aglomeração urbana que tenha importância como centro de vida.

Como bem assinala Silva, o Urbanismo tem por finalidade a ordenação dos espaços urbanos para a realização da qualidade de vida dos seres humanos (SILVA, 1991, p. 146). Portanto, deve ser compreendido como ciência, técnica e arte que visa à organização do espaço urbano para o bem-estar coletivo.

Leciona Carceller Fernández (1992, p. 31):

> Etimologicamente, la palabra Urbanismo procede de la latina urbs urbis, que significa la ciudad y, por extensión, los habitantes de la ciudad. De conformidad con este significado etimológico, el Urbanismo es el conjunto de conocimientos que se refieren al estudio de la creación, desarrollo, reforma y progresso de los poblados en orden a las necesidades materiales de la vida humana.

.

O texto constitucional de 1988 apresenta novo paradigma para o desenvolvimento urbano, e as normas urbanísticas devem ser instrumentos para a realização do bem-estar coletivo. Como ressalta Meirelles (1993, p. 377), o Urbanismo, por meio da legislação, do planejamento e da execução de obras públicas, deve objetivar o desenvolvimento progressivo das funções primordiais dos espaços urbanos.

Essa mudança de paradigma, expressa no texto constitucional, traduz uma forte ampliação das funções

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 70 29/8/2012 12:13:52

e atividades públicas, pois as normas urbanísticas devem incluir o ser humano como ator preponderante na análise dos contextos espaciais. Isso significa dizer que todos os planejamentos, metas e diretrizes do Urbanismo deverão ser produzidos tendo em vista propiciar a melhoria das condições de vida dos seres humanos. Portanto, pensar em desenvolvimento das funções sociais da cidade, consoante o texto constitucional, pressupõe uma noção ampliada do urbanismo, que não se restringe ao embelezamento das cidades (BEZNOS, 1995, p. 153).

Para Drucker (2005, p. 30), a qualidade de vida nos espaços urbanos deve refletir sete exigências básicas: o direito à habitação, o direito aos serviços básicos, o direito à locomoção, o direito ao espaço público de qualidade, o direito à segurança, à proteção dos direitos difusos e coletivos, bem como a proteção das minorias identificadas.

Em uma perspectiva similar, a Conferência Habitat II – importante documento internacional que trata da necessidade de produção de assentamentos humanos justos e sustentáveis – proclama a responsabilidade dos países em assegurar espaços habitáveis dignos. A Declaração de Istambul estabelece que o desenvolvimento econômico, social e a proteção ambiental devem ser vistos como componentes interdependentes do desenvolvimento sustentável. Habitat II considera que espaços habitáveis dignos seriam aqueles em que existissem moradias adequadas à vida humana, com serviços essenciais básicos, como o direito à vida segura, ao transporte, à locomoção, ao acesso ao emprego digno, a espaços sociais harmônicos[2] (DECLARACIÓN DE ESTAMBUL SOBRE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS, 2000).

O Estatuto da Cidade, seguindo o disposto no texto constitucional, cria instrumentos para que o poder público possa atuar, objetivando a realização das funções sociais da cidade e da propriedade urbana para o bem-estar de seus habitantes.

[2] Para maiores informações sobre a Conferência Habitat, consultar Dias (2002, p. 50-63).

O Estatuto da Cidade determina:

> Art. 2.º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: 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 (Lei n.º 10.257/2001, art. 2.º, inciso I).

Da leitura da lei federal e das determinações impositivas dispostas no texto constitucional, compreende-se que o urbanismo apresenta característica interdisciplinar e que deverá tratar, de forma interdisciplinar, a diversidade de problemas urbanos. Como leciona Correia (1997, p. 46-47):

> O urbanismo apresenta-se, assim, como uma ciência compósita, que vai buscar conhecimentos a várias ciências, tais como a geografia, a arquitectura e a técnica de construção, a estatística, a ciência económica, a ciência política, a ciência administrativa, a sociologia, a história, a ecologia urbana e, inclusive, à própria medicina, com o objectivo de possibilitar um desenvolvimento harmonioso e racional dos aglomerados humanos.

No mesmo sentido, afirma Galofré Crespi (1998, p. 27):

> Lo que consensualmente hemos denominado Urbanismo no es más que el final o concreción de un aspecto de múltiples disciplinas, cada una de las cuales tiene que sintetizar ciencias tan dispares como la salud, la técnica constructiva, el derecho de propiedad, la agricultura, el medio ambiente, los transportes, el patrimonio histórico, el desarrollo económico o el fomento

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 71 29/8/2012 12:13:52

> de la ocupación, y garantizar también a todos el disfrute de una necesidad elemental como es la vivienda digna.

No entanto, o caráter interdisciplinar do Urbanismo não revela, por si só, os distintos assuntos e problemas a serem abordados de forma a viabilizar o racional funcionamento e estruturação das cidades. Para o pleno desenvolvimento das funções da cidade, o Urbanismo – como ciência e técnica – deve objetivar o planejamento, a construção, a reforma e a ampliação de locais em que existam concentrações humanas. O planejamento e o ordenamento territorial são importantes ferramentas para a definição de atividades e funções que são desenvolvidas tanto no campo como na cidade. No entanto, essas "ferramentas" devem responder às necessidades concretas daqueles que habitam os espaços físico-territoriais.

Se as intervenções urbanísticas devem sempre ter como fundamento a satisfação dos pressupostos necessários a uma vida sadia e digna, o grande desafio a ser enfrentado é o fato de que, para o cumprimento de tal finalidade, obrigatoriamente o poder público intervirá, indiretamente, nas diversas atividades econômicas e, ao mesmo tempo, deverá propiciar a infraestrutura e os serviços necessários para que as atividades econômicas se realizem tendo em vista o desenvolvimento econômico e social. Não é demasiado afirmar que a produção de estruturas espaciais é um pressuposto para a circulação de bens e de capital e a criação de infraestrutura e de serviços para a integração espacial é função que é realizada, preponderantemente, pelo poder público (HARVEY, 2005, p. 50).

A intervenção indireta do poder público na ordem econômica para a concretização da qualidade de vida nos espaços urbanos – determinação impositiva que se depreende da leitura do capítulo constitucional da Política Urbana – é fruto da ampliação das funções e dos objetivos do Urbanismo, em decorrência do progressivo aumento das necessidades sociais, diretamente ligadas às questões urbanas. Logo, por meio das normas urbanísticas, o Estado tem amplas possibilidades de intervenção para a realização do bem comum. O ordenamento territorial e um processo contínuo e ininterrupto de planejamento são imprescindíveis "ferramentas" para o Estado intervir na utilização da propriedade privada, bem como na vida econômica e social das cidades (SILVA, 1991, p. 146).

2 - PLANEJAMENTO E INTEGRAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO URBANO

A concretização de espaços urbanos dignos não é competência exclusiva do ente municipal. Ao município, cabe o gerenciamento da política de desenvolvimento urbano municipal, o ordenamento da cidade de forma a viabilizar as funções que a cidade há de oferecer – recreação, circulação, trabalho, moradia – e a garantia de que essas funções sejam eficazmente cumpridas (CF, art. 182). No entanto, a ampla delegação de atribuições aos municípios para tratar dos problemas decorrentes dos impactos da urbanização não pode induzir ao equivocado raciocínio de que os problemas urbanos limitam-se aos espaços locais.

Na verdade, a questão urbana é bastante complexa, pois os problemas decorrentes da urbanização ocorrem nos espaços locais e também além dos espaços locais; logo, não se trata de tema cuja competência se restrinja ao município. As políticas de desenvolvimento urbano – tendo em vista o desenvolvimento das funções sociais da cidade e a concretização do direito à cidade sustentável – pressupõem um planejamento integrado, ou seja, um planejamento que consiga refletir as interfaces local, regional, nacional. Portanto o artigo 182 do texto constitucional deve ser lido como um comando normativo definidor da atuação do poder público municipal, que não exclui a atividade dos demais entes federativos.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 72 29/8/2012 12:13:52

Por outro lado, em razão do interesse local e da possibilidade de buscar soluções para os problemas vivenciados pelos cidadãos, no município, deve o poder local ter a possibilidade de atuar de forma preponderante, isto é, dando-se prioridade à atividade administrativa municipal em detrimento da atuação do Estado-membro ou mesmo da União.

Esse raciocínio deflui da autonomia – política, administrativa e financeiro-tributária (CF, art. 30, inciso I) – e da ampla gama de atribuições constitucionais que foram conferidas aos municípios para gerenciar e resolver as questões de interesse local, bem como da descentralização de funções dispostas no texto constitucional, em razão da necessidade de consecução do federalismo cooperativo.

O artigo 23 da Constituição Federal revela claramente o federalismo cooperativo, pois tem por objetivo a cooperação e a interdependência de funções e atividades realizadas pelos entes da Federação, que devem ser desenvolvidas em uma necessária harmonia, por meio de um sistema de repartição de atribuições e atividades, de forma a que não exista conflito, superposição de atividades, simultaneidade de ações que venham a ser contraditórias.

O artigo 23 do texto constitucional, em seu parágrafo único, objetiva a atuação lógica e racional dos entes da Federação, consentânea com os princípios e objetivos da República Federativa.

Nessa perspectiva, para a gestão dos interesses nacionais, cabe à União atuar de forma cooperativa, intervindo suplementarmente ou subsidiariamente aos demais entes federativos. A atuação da administração federal não pode ser conflitiva, superposta, estando condicionada à atuação dos estados-membros e dos municípios para o trato da matéria. Na perspectiva do Federalismo cooperativo, a atuação da União tem por meta suprir as deficiências, falhas, omissões ocorridas na atuação administrativa, que originariamente pertencem aos estados-membros. Esse raciocínio aplica-se igualmente à atuação dos estados-membros em relação às competências comuns dos municípios para a realização de atividades administrativas[3].

Em se tratando de políticas para a proteção do meio ambiente e da consecução de espaços urbanos sustentáveis, deve haver o estabelecimento de relações adequadas e congruentes entre as distintas esferas federativas, indispensáveis à realização de políticas estáveis e coerentes para a implementação do desenvolvimento urbano, que cumpram as funções e os objetivos dispostos no texto constitucional.

Como exemplos da necessidade de atuação integrada – consubstanciada em objetivos, estratégias, parcerias –, listamos algumas das atribuições constitucionais relacionadas ao gerenciamento da política de desenvolvimento urbano, próprias e comuns aos municípios e aos outros entes federativos, a saber: a prestação dos serviços públicos de interesse local (CF, art. 30, inciso V), neles compreendidas a prestação de transporte coletivo que tem caráter essencial; a promoção do adequado planejamento territorial (CF, art. 30, inciso VIII); a realização da proteção do patrimônio histórico-cultural local, consoante as normas federais e estaduais sobre a temática (CF, art. 30, inciso IX); o incentivo ao turismo, como fator de desenvolvimento social e econômico, simultaneamente à atuação dos demais entes federativos (CF, art. 180); a proteção do patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (CF, art. 216, parágrafo primeiro); a proteção do meio ambiente (CF, art. 225); a manutenção, em cooperação técnica e financeira com

[3] Segundo Baracho (1995, p.51) "[...] o princípio da subsidiariedade preconiza que é injusto e ilícito adjudicar a uma sociedade maior o que é ainda capaz de fazer com eficácia uma sociedade menor. Entende, ainda, o publicista argentino, tratar-se de princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de competências, através do qual o Estado não deve assumir, por si, as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxiliá-los, estimulá-los, e promovê-los. No mesmo sentido, só deve supri-las ou substituí-las quando são impotentes e ineficientes para realizar suas tarefas. Objetivando igual eficácia, deve-se dar preferência à unidade social menor, em lugar da maior, do mesmo modo privilegiar o nível social inferior, a um nível social superior ou mais amplo".

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 73 29/8/2012 12:13:52

a União e o Estado, de programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (CF, art. 30, inciso VI), bem como a prestação, em regime de cooperação com os outros entes federativos (Estado e União), de serviços de atendimento à saúde da população (CF, art. 30, inciso VII), ao participar do Sistema Único de Saúde (CF, art. 198 e 200). Da mesma forma, deverá o município, em regime de colaboração com a União e o Estado, organizar os sistemas de ensino (CF, art. 211) e também constituir guardas municipais, objetivando a proteção dos bens, serviços e instalações municipais (CF, art. 144, parágrafo 8.º). Essas são algumas das atribuições relacionadas aos objetivos constitucionais para o desenvolvimento e o planejamento de políticas urbanas.

Portanto, as políticas sobre saúde, desenvolvimento urbano e meio ambiente devem necessariamente estar estruturadas em sistemas nacionais de distribuição de competências e devem expressar harmonia e integração de ações para a resolução de questões comuns a todas as esferas federativas. Destacamos a necessidade de políticas de desenvolvimento urbano consubstanciadas em objetivos, estratégias, parcerias e ações integradas em prol do desenvolvimento sustentável para os espaços urbanos. É necessário que haja o estabelecimento de relações adequadas e congruentes entre distintas esferas federativas, indispensáveis para a realização de políticas estáveis e coerentes para a implementação do desenvolvimento urbano, que cumpra com as funções e os objetivos dispostos no texto constitucional.

3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de um planejamento integrado e a necessária vivência do federalismo cooperativo são pressupostos essenciais para o enfrentamento dos problemas urbanos, que não se limitam aos espaços municipais. Da mesma forma, nenhuma política municipal para o desenvolvimento urbano será eficaz e conseguirá concretizar, nos espaços locais, o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade se não estiver integrada e consubstanciada nos planos e metas para o desenvolvimento urbano, em âmbitos nacional e regional.

O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade é tarefa que pressupõe uma política de desenvolvimento urbano coerente, que expresse o correto cumprimento das competências legislativas e administrativas pelos entes da Federação. Em outras palavras, o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade será o resultado da coerente prestação de serviços públicos por meio da consecução de objetivos comuns, por todos os entes da Federação. Portanto, considerar a questão urbana como problema de toda a Federação é o caminho mais factível para responder às necessidades concretas de todos os brasileiros.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Revista de Direito Administrativo, Rio Janeiro, n. 200, p. 21- 54, abr./jun., 1995.

BEZNOS, Clóvis. Desenvolvimento urbano. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 11, p. 139-158, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001). São Paulo: Saraiva, 2001.

CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. Instituciones de derecho urbanístico. Madrid: Montecorvo, 1992. 617 p.

CASTAN TOBEÑAS, Jose. La idea de justicia social: Discurso leído por el Excmo. Señor Don Jose Castan Tobeñas, Presidente del Tribunal Supremo en la Solemne Apertura de los Tribunales, celebrada en 15 de septiembre de 1966. Madrid: Ministerio de Justicia, 1966. 86 p.

CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Coimbra: Almedina, 1997. 708 p.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 74 29/8/2012 12:13:52

DECLARACIÓN DE ESTAMBUL SOBRE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS. Disponível em: URL=/un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html, 11 de maio de 2000.

DIAS, Daniella S. Desenvolvimento urbano: princípios constitucionais. Curitiba: Juruá: 2002. 275 p.

DRUCKER, Peter. Uma nova civilização desponta. In: FERREIRA, Antonio Fonseca. Gestão estratégica de cidades e regiões. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005. 430 p., p. 27-38.

GALOFRÉ CRESPI, Jaume. Notas sobre el presente y futuro del ordenamiento urbanístico. In: BANDRÉS I SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel et al. Estudios jurídicos sobre urbanismo. Barcelona: CEDECS, 1998. p. 25-42.

GARCÍA, Daniel San José. Algunas reflexiones sobre la idea de justicia social en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Derecho y opinión, n. 6, p. 257-266, 1998.

HARVEY, David. A produção capitalista do espaço. São Paulo: Annablume, 2005.

KRELL, Andréas J. O desenvolvimento sustentável às avessas na praia de Maceió/AL: a liberação de espigões pelo novo Código de Urbanismo e Edificações. Maceió: EDUFAL, 2008. 155 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 701 p.

SAULE JUNIOR, Nelson. Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. 336 p.

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico e meio ambiente. Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial, v. 15, n. 56, p. 146-152, abr./jun. 1991.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 75 29/8/2012 12:13:52

Paulo de Tarso Dias Klautau Filho

Ronald Dworkin e a Unidade de Valor

Resumo

O artigo segue a linha de contribuições na área da filosofia do direito. Contextualiza e oferece uma leitura sintética e introdutória do trabalho mais recente do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin. Discute questões de hermenêutica, ética, moralidade, política à luz da tese da unidade de valor.

Palavras-chave

Filosofia. Filosofia do Direito. Justiça distributiva. Interpretação. Unidade de valor. Verdade moral. Ética. Moralidade política. Liberdade. Igualdade de recursos. Democracia. Responsabilidade.

Abstract

This paper is in line with the series of contributions in the area of the philosophy of right. It contextualizes and offers a synthetic and introductory reading of the most recent work of Ronald Dworkin, the American jus – philosopher. It approaches issues concerning hermeneutics, ethics, morality and politics pursuant to the thesis of the unity of value.

Key words

Philosophy of Right. Distributive Justice. Interpretation. Unity of Value. Moral Truth. Ethics. Political Morality. Liberty. Equality of Resources. Democracy. Responsibility.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 76 29/8/2012 12:13:52

Ronald Dworkin e a Unidade de Valor

Paulo de Tarso Dias Klautau Filho*

Ronald Dworkin and the Unity of Value

* Doutor em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Master of Laws pela New York University (NYU). Professor do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Procurador do Estado do Pará

1 INTRODUÇÃO

O mais recente livro de Ronald Dworkin (2011) foi lançado em janeiro último, precedido por grande expectativa no meio acadêmico e jurídico. Antes mesmo da publicação, os manuscritos preliminares foram amplamente discutidos e criticados em aproximadamente trinta *papers*, apresentados em simpósio promovido pela Boston University Law School no primeiro semestre de 2010. Esse material, acompanhado das respostas de Dworkin aos críticos, foi publicado em edição especial da *Boston University Law Review*, intitulada *Symposium* (2010). Dworkin procurou incorporar as críticas e sugestões ao texto agora oficialmente publicado.

Tamanha expectativa e repercussão prévia atestam o reconhecimento da relevância da contribuição de Dworkin para a filosofia política, a filosofia moral, a filosofia do direito e a teoria da justiça contemporâneas. Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin (2011) propõe uma visão unificada de sua reflexão, ao longo de mais de quarenta anos, sobre esses campos do conhecimento.

Além disso, o lançamento dessa obra, juntamente com o último livro de Amartya Sem (2011), faz parte das efemérides comemorativas dos simbólicos quarenta anos da publicação, em 1971, de John Rawls (1997).

Nesse contexto, as discussões que antecederam à publicação de *Justice for Hedgehogs* (daqui por diante, *Justice*) marcam apenas o início de um profícuo debate em torno da questão da justiça distributiva, da "boa vida" e da natureza interpretativa dos conceitos morais, éticos, políticos e jurídicos, tal como abordados por Dworkin.

Na linha de trabalhos dedicados à filosofia do direito que tenho proposto em meus artigos para *A Leitura*, procuro desenvolver um texto introdutório das teses apresentadas por Dworkin nesse seu último livro. Espero com isso contribuir para situar e iniciar os interessados na discussão que certamente se seguirá nos próximos anos.

2 RAPOSAS E OURIÇOS

Dworkin defende uma tese filosófica ampla e antiga: a da unidade do valor.

O termo *hedgehogs* do título corresponde à palavra em língua inglesa para ouriços (porcos-espinhos). Invoca uma frase do poeta grego antigo Arquilochus,

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 77 29/8/2012 12:13:53

tornada famosa pelo filósofo político britânico Isaiah Berlin: "a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa grande" (BERLIN, 1953, p.3)[1].

Dworkin pretende-se um ouriço. Para ele, o valor é uma única coisa grande. A verdade sobre como viver bem e sobre como ser bom é não apenas coerente, mas mutuamente reforçada. Ele tenta ilustrar a unidade entre valores éticos (dizem respeito ao que devemos fazer para viver bem) e morais (dizem respeito ao que devemos uns aos outros), propondo uma teoria sobre o que é viver bem e sobre o que, se queremos viver bem, devemos fazer e não fazer para as demais pessoas (DWORKIN, 2011, p. 1).

Como se vê, o professor da New York University vai além dos horizontes da filosofia do direito e da teoria da justiça. A ideia de que valores morais e éticos dependem uns dos outros é apresentada como um credo, uma proposta de um modo de viver.

Trata-se, também, de uma ampla e complexa teoria filosófica exposta em cinco partes (subdivididas em 19 capítulos): "Independência", "Interpretação", "Ética", "Moralidade" e "Política".

O livro inicia por temas mais técnicos da *mainstream* da filosofia contemporânea – metaética, metafísica, conhecimento, hermenêutica e significado – até alcançar temas de moralidade política e justiça.

Mas, de acordo com sugestão do próprio Dworkin, na introdução ao livro e na fala de abertura do simpósio na Boston University, passo a expor a presente síntese com base nos arranjos que o autor considera exigências da justiça, partindo, depois, para as outras temáticas, sempre tentando relacioná-las entre si e com a ideia de unidade de valor, fio condutor de toda a obra.

3 JUSTIÇA

3.1 IGUALDADE

Entre as exigências do conceito mais amplo de justiça, Dworkin (2000, p. 4-7) retoma aqueles que considera como os dois princípios fundantes da legitimidade de qualquer governo, apresentados em *Sovereign Virtue*, obra em que consolidou sua visão do liberalismo igualitário[2]. Refiro-me aos princípios do igual cuidado (*equal concern*) e da responsabilidade especial (*special responsibility*).

O primeiro princípio implica que todo governo deve mostrar igual cuidado pelo destino de cada pessoa sob seu domínio. Pelo segundo princípio, o governo deve respeitar a responsabilidade e o direito de cada pessoa de fazer de sua própria vida algo de valor.

Dworkin examina, então, o impacto desses dois princípios sobre a questão da justiça distributiva, lembrando que não há distribuição politicamente neutra dos recursos de uma nação. Toda distribuição é, em grande parte, a consequência das leis e políticas públicas que o governo decide adotar[3]. Desse modo, toda distribuição deverá ser justificada pela demonstração de sua adequação aos dois princípios legitimadores já explicitados.

Dworkin testa, primeiramente, a "tese do *laissez-faire*" (DWORKIN, 2011, p. 352-354), segundo a qual a economia deve ser dominada por mercados sem restrições, nos quais as pessoas são livres para comprar e vender o seu trabalho como desejarem e puderem. Os adeptos dessa visão sustentam que a justiça traduz-se no fato de as pessoas obterem para si o que conseguirem nessa livre disputa. Dworkin questiona se mercados irrestritos conseguem atender

[1] Berlin propõe uma já clássica distinção entre escritores e pensadores, dividindo-os entre ouriços, os quais veem o mundo através das lentes de uma única ideia definidora (Platão, Dante, Pascal, Hegel, Dostoievsky, Nietzsche), e raposas, que refletem sobre uma ampla variedade de experiências e para quem visões de mundo não podem ser sintetizadas por uma única ideia definidora (Heródoto, Aristóteles, Erasmo, Shakespeare, Montaigne, Molière, Goethe).

[2] Ver: Gargarella (2008); Vita (2007).

[3] Sobre a aplicação dessa perspectiva à relação entre tributação e justiça, veja-se a seguinte obra que surgiu também do Colóquio sobre Filosofia Social, Política e do Direito, coordenado por Dworkin e Thomas Nagel na New York University: Murphy; Nagel (2005).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 78 29/8/2012 12:13:53

ao princípio do igual respeito por todos. Afirma que uma pessoa que perde no jogo do mercado e acaba na pobreza teria o direito de perguntar: "Já que outro conjunto de leis poderia me assegurar uma melhor situação, como posso defender leis que geram a atual distribuição? Como pode o governo afirmar que as leis vigentes me tratam com igual cuidado?"

Segundo Dworkin, não é correto um defensor do *laissez-faire* sustentar simplesmente que as pessoas são responsáveis pelos seus próprios destinos. Afinal, as pessoas não podem ser responsabilizadas por muito do que determina o sucesso ou insucesso nesse modelo econômico, já que não podem ser consideradas moralmente responsáveis por suas heranças genéticas e por seus talentos inatos (explícita influência da "loteria natural" de Rawls). Conclui que a maior ênfase no princípio da especial responsabilidade não legitima a adoção de um modelo que leve a grandes desigualdades, em detrimento do princípio do igual cuidado.

Examina, então, o outro extremo: um governo que tornasse obrigatória a igualdade de riqueza, não importando as escolhas feitas pelos indivíduos. Periodicamente, esse governo recolheria toda a riqueza produzida na sociedade e redistribuí-la-ia igualmente entre todos, sob a justificativa do princípio do igual cuidado. Tal programa de ação não respeitaria, contudo, a responsabilidade das pessoas por suas próprias vidas, porque suas escolhas acerca do que fazer – trabalho ou lazer, poupança ou investimento – não trariam consequências pessoais. Mas é parte de qualquer concepção de responsabilidade individual que se possam fazer escolhas com um senso de consequências. Em outros termos, as pessoas devem fazer suas escolhas, entre trabalho ou lazer, investimento ou poupança, atentas aos custos de tais escolhas para os demais. Se alguém opta por dedicar-se exclusivamente ao lazer ou a um trabalho que não produza o que as demais pessoas precisam ou desejam (como estudar e escrever sobre filosofia...), deve assumir plena responsabilidade pelos custos que a escolha impõe, inclusive a consequência de obter menores recompensas no jogo do mercado.

Ante os limites dos dois modelos discutidos, Dworkin aponta que a questão da justiça distributiva deverá ser tratada como a busca de uma solução que respeite simultaneamente os princípios do igual cuidado e da responsabilidade especial. Ele procura fazer isso no capítulo 16 do livro, retomando o conceito de igualdade de recursos desenvolvido em *Sovereign Virtue* (DWORKIN, 2000, p. 65-120)[4], mas, agora, de modo integrado à sua teoria sobre a unidade de valor.

Além disso, Dworkin enfatiza que seu modelo de justiça distributiva é apenas um primeiro passo para uma teoria da justiça mais geral. É preciso, ainda, considerar outras exigências, como as que envolvem os conceitos de liberdade, democracia e direito.

3.2 LIBERDADE

A justiça requer uma teoria da liberdade tanto quanto uma teoria sobre a igualdade de recursos. Dworkin alerta para o risco de tal teoria da liberdade entrar em conflito com a teoria igualitária de justiça distributiva por ele defendida (tal como ocorre na visão libertária do *laisse-faire*). No capítulo 17, ele argumenta em favor de uma teoria de liberdade que procura eliminar tal perigo.

Inicialmente, distingue entre duas modalidades de liberdade com base em duas palavras distintas em língua inglesa: *freedom* e *liberty*. A primeira consiste na ampla faculdade de se fazer o que se quiser sem qualquer restrição governamental; a segunda diz respeito àquela parte precisa da liberdade-*freedom* que o governo estaria errado em restringir. Desse modo, Dworkin não aceita um direito geral de liberdade (*freedom*). Em vez disso, defende um direito de liberdade (*liberty*) relacionado de maneira complexa com as outras demandas da justiça.

[4] Para uma breve síntese, ver: Klautau Filho (2004, p. 85-109).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 79 29/8/2012 12:13:53

Ele destaca três tipos de argumentos para justificar a liberdade. Primeiramente, precisamos de liberdades – particularmente da liberdade de expressão –, porque elas são necessárias para um sistema de governo democrático eficiente e justo. Nessa linha, cabe, também, notar que as pessoas têm direitos de liberdade, como à propriedade e ao devido processo legal, que decorrem do princípio do igual cuidado. Em segundo lugar, temos um direito que Dworkin chama de independência ética, a qual decorre do já referido princípio da especial responsabilidade. Alega que temos um direito de fazer escolhas fundamentais sobre o significado e a importância da vida humana. Ele diria, por exemplo, que esse direito foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil como fundamento último para admitir a constitucionalidade da lei que regula pesquisas com células-tronco. Em terceiro lugar, diz que temos um direito, também com fulcro na independência ética, de não ter negada nenhuma liberdade quando a justificativa governamental basear-se apenas na popularidade ou na alegada superioridade de alguma concepção sobre a melhor maneira de viver. Pense-se na recente decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Para Dworkin, esse modelo de liberdade afasta a possibilidade de conflito com sua concepção de igualdade de recursos, porque as duas concepções seriam plenamente integradas: cada uma delas depende da mesma solução para a equação entre o igual cuidado e a especial responsabilidade. Não se pode determinar o que a liberdade demanda, sem também decidir qual distribuição de propriedade e de oportunidades melhor atende ao princípio do igual cuidado. Por isso, nessa abordagem, a visão muito popular de que a tributação invade a liberdade é falsa (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 11-14, 55-93), desde que aquilo que o governo exige do contribuinte possa ser justificado em bases morais.

Conclui, parcialmente, que uma teoria da liberdade deve ser fundada em uma moralidade política mais ampla, devendo ser coerente e integrada a outros aspectos dessa teoria.

3.3 DEMOCRACIA

Há outro suposto conflito, segundo Dworkin, entre dois tipos de liberdade: positiva e negativa. A liberdade negativa é a liberdade de interferências do governo; a liberdade positiva é a liberdade de governarmos a nós mesmos participando do governo. Para nós, modernos, a liberdade positiva significa democracia, de maneira que precisamos confrontar a sugestão familiar de que a democracia genuína talvez afronte a justiça ou a igualdade, na medida em que uma maioria pode não respeitar os direitos de indivíduos ou de minorias. É o que ocorre, por exemplo, quando uma maioria vota pela incidência de tributação injusta ou pela restrição a liberdades fundamentais.

Dworkin (1999, p. 1-35) responde a essa sugestão distinguindo especialmente duas, dentre várias concepções de democracia: a "concepção majoritária ou estatística" e a "concepção da parceria" (*partnership conception*). Esta última, defendida por ele, sustenta que, numa sociedade genuinamente democrática, cada cidadão participa como um parceiro em igual, o que significa mais do que possuir o poder do voto. Significa ter uma voz igual e um interesse igual nos resultados. Nessa concepção, a própria democracia requer a proteção dos direitos individuais de justiça e de liberdade que alguns dizem ameaçados pela democracia.

3.4 DIREITO

No capítulo 19, Dworkin discute o direito como parte essencial de seu arranjo político. Lembra que desde os primeiros dias da faculdade somos alertados

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 80 29/8/2012 12:13:53

para o potencial conflito entre direito e justiça. Segundo essa visão, nada garante que as leis são justas; e, quando elas forem injustas, as autoridades e os cidadãos deverão, em virtude do Estado de Direito (*rule of law*), respeitá-las, comprometendo o ideal de justiça.

Por sua vez, na proposta de Dworkin (1986), complementar à visão apresentada em *Law's Empire* (DWORKIN, 2007), o direito é descrito, não como algo apartado, paralelo ou mesmo potencialmente conflituoso com moral, mas como um ramo da moralidade.

Enfatiza Dworkin (2011, p. 413-415) a importância da chamada justiça procedimental, destacando a moralidade da forma e da justa governança tanto quanto dos justos resultados. Trabalha com a ideia de que é preciso entender a moralidade em geral como a estrutura de uma árvore: o direito consistiria em um ramo (dotado de executoriedade própria, mediante instituições adjudicativas e coercitivas que independem de posterior legislação) da moralidade política, a qual, por sua vez, seria um ramo da moralidade em geral, que também se integraria a uma teoria geral sobre o que é viver bem. Em síntese parcial, para Dworkin, o direito nada mais é do que parte de nossa resposta atual e possível à questão sobre como viver bem.

Até aqui, esboçamos como Dworkin apresenta suas concepções das virtudes políticas, tentando adequá-las umas às outras. De fato, ao longo da obra ele defende que, no âmbito da moralidade política, a integração é uma condição necessária de verdade. Em outros termos, sustenta que devemos esforçar-nos para demonstrar que nossas concepções políticas são compatíveis e que, após detida reflexão, sustentam-se como convicções. Daí a necessidade de se indagar rigorosamente sobre como demonstrar que uma concepção de igualdade ou de liberdade ou de democracia é correta e as demais são erradas. Como demonstrar isso e o que significa dizer que um conceito de moralidade política é *verdadeiro*? Esse é o desafio ao qual se dedica Dworkin na Parte Dois do livro: Interpretação.

4 INTERPRETAÇÃO

Dworkin considera necessário pensar sobre conceitos, para que se possam distinguir os tipos de conceitos que usamos. Entende que partilhamos alguns conceitos, porque partilhamos critérios para sua aplicação. Quando não partilhamos critérios em casos limítrofes, nossa discordância não é real. Exemplifica: em geral concordaremos sobre quantos livros há sobre uma mesa, porque partilhamos o mesmo conceito de livro. Nossa discordância acerca de quantos livros há sobre uma mesa pode ser meramente vocabular. Uma pessoa pode entender que um panfleto é um livro e outra não. Mas elas não discordarão sobre quantos "objetos destinados à leitura" há sobre a mesa. Tal discordância será ilusória.

Mas justiça, liberdade, igualdade, democracia e outros conceitos políticos são diferentes. Certamente, estão entre os conceitos mais importantes que partilhamos, apesar de não partilharmos critérios exatos para sua aplicação. Dworkin sustenta que partilhamos esses conceitos políticos e outros, de um modo diferente. Eles funcionam para nós como conceitos *interpretativos* (o capítulo 8 é dedicado à definição desse tipo de conceito).

Partilhamos tais conceitos, porque partilhamos práticas e experiências nas quais são necessariamente aplicados. Entendemos que os conceitos descrevem valores, mas discordamos, em certo grau, e em alguns casos intensamente, sobre como aquele valor deve ser expresso e sobre o que é aquele valor.

Isso explicaria por que teorias radicalmente distintas de justiça são apresentadas como fundamento para responder o que torna uma instituição justa ou injusta.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 81 29/8/2012 12:13:53

Essas são discordâncias genuínas, de modo diverso da discordância referida sobre os livros. São discordâncias sobre qual descrição de valores fundamentais em discussão sobre a justiça é a melhor.

E, aqui, já se pode adiantar a resposta de Dworkin a uma das questões que apresentou – "o que é ter uma teoria da igualdade, da liberdade ou do direito?": temos uma teoria sobre um conceito político quando podemos mostrar quais são os valores a serem realizados nas aplicações daquele conceito. As teorias de justiça utilitaristas dirão, por exemplo, que o valor em jogo é a felicidade agregada. Outros (com inspiração em Rawls) dirão que são os valores do *fair play* e da imparcialidade (*fairness*).

Qual dessas visões, a partir de valores, oferece a melhor compreensão e justificação das práticas ligadas ao conceito de justiça? Qual oferece a melhor justificação de paradigmas de injustiça sobre os quais todos concordamos, como, a condenação de um inocente?

Além disso, cada teoria promove questões ulteriores: o que é felicidade? O que é imparcialidade (*fairness*)? Provavelmente, pessoas que partilham da mesma teoria discordarão acerca do significado da melhor definição dos seus valores fundamentais. Para argumentar em favor de uma determinada concepção de felicidade ou de imparcialidade, é preciso recorrer a valores ulteriores. E assim por diante. Para Dworkin, compreendemos cada um de nossos valores por intermédio da visão de seu lugar numa ampla rede que inclua todos esses valores. Esse fato, afirma, é um argumento importante a favor da sua tese da unidade de valor.

5 VERDADE E VALOR

Dworkin sustenta, expressamente, que há verdades objetivas sobre valor. Ele acredita que algumas instituições são realmente injustas e alguns atos são realmente errados, não importando quantas pessoas acreditem que eles não sejam (invoca o exemplo da tortura de bebês). Pressupõe, portanto, que assertivas sobre valores podem ser verdadeiras ou falsas.

É preciso, então, indagar se essa presunção está correta. Ou as afirmações de valores devem ser compreendidas como expressões de nossas emoções ou construções de nossa personalidade? Ou devemos supor que são compromissos, propostas sobre como pretendemos viver e sobre como sugerimos aos outros que vivam? Para Dworkin, se alguma dessas descrições alternativas for melhor, então seria tolice pensar que afirmações sobre e de valores podem ser falsas ou verdadeiras.

Tais questões são cruciais na discussão de conceitos políticos. Os filósofos que negam que juízos morais ou políticos possam ser verdadeiros, oferecendo aquelas compreensões alternativas sobre seu papel ou função, têm em mente, diz Dworkin, nossas vidas privadas. Afirmam que o melhor é tratar os juízos morais apenas como expressões de atitude ou algo do tipo. Além de não concordar com essa posição acerca de nossas vidas privadas (no capítulo 9, defende a ideia de que nossa dignidade implica o reconhecimento de que o viver bem não é apenas uma questão de achar individualmente que se vive bem), Dworkin afirma que esse raciocínio é mais grave ainda no âmbito político. A política envolve questões de vida e de morte. Por isso, não podemos exercer nossa responsabilidade como governantes ou cidadãos, a não ser que possamos ir além de dizer confortavelmente que "esta visão sobre o que a igualdade requer me agrada ou expressa minhas atitudes ou estado de espírito acerca de como planejo viver". Para Dworkin, precisamos ser capazes de dizer: "Isto é verdade". É certo que outras pessoas discordarão. Mas aqueles que exercem o poder devem, pelo menos, acreditar

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 82 29/8/2012 12:13:53

no que dizem[5]. E isso significa que a velha questão – "a moralidade pode ser verdadeira?" – alcança sua maior importância na moralidade *política*.

6 RESPONSABILIDADE

A concordância sobre a possibilidade de veracidade ou falsidade de juízos morais e políticos não dispensa reconhecer que discussões sobre o que é falso e verdadeiro não são facilmente resolvidas. Aqueles que discordam a respeito, por exemplo, da justiça de um determinado sistema tributário ou de determinado sistema público universal de saúde, fundados em diferentes teorias da justiça, provavelmente não conseguirão persuadir uns aos outros. Pelo contrário, se a natureza dessas discordâncias sobre moralidade política for tal como sugere Dworkin, elas continuarão expandindo-se para outras áreas da teoria moral e ética. As pessoas continuarão a discordar, e a discordância tornar-se-á cada vez mais profunda.

Dworkin aponta, então, para outra importante virtude moral: a responsabilidade. Se não podemos exigir concordância de nossos concidadãos, podemos exigir responsabilidade. E precisamos desenvolver uma teoria da responsabilidade moral suficientemente detalhada, de modo que possamos dizer a algumas pessoas: "Discordo de você, mas reconheço a integridade de seu argumento. Reconheço a sua responsabilidade". Ou: "Concordo, mas você 'tirou cara ou coroa', ou baseou-se apenas no 'Jornal Nacional'; logo, você formou sua opinião de maneira irresponsável".

Dworkin chama sua teoria da responsabilidade moral de "epistemologia moral". Apesar de podermos "tocar a verdade moral", podemos argumentar bem ou mal acerca de questões morais. Sua teoria da responsabilidade moral é parte de sua teoria mais ampla sobre a interpretação. A argumentação moral, para Dworkin, é uma forma de raciocínio interpretativo. Os juízos morais são interpretações de conceitos morais básicos. Testamos essas interpretações verificando sua adequação a uma rede mais ampla de valores. A moralidade como um todo, e não apenas a moralidade política, caracteriza uma empreitada interpretativa.

Para ilustrar sua posição, ao final do capítulo 8, Dworkin propõe uma leitura das filosofias (ética, moral e política) de Platão e Aristóteles como paradigmas clássicos da abordagem interpretativa.

7 ÉTICA E MORALIDADE

Na Parte Três (capítulos 9 e 10), Dworkin argumenta que cada um de nós tem uma responsabilidade ética de fazer de nossas vidas algo de valor (essa, em síntese, sua definição do campo ético). Na Parte Quatro (capítulos 11, 12, 13 e 14), sustenta que nossas várias responsabilidades e obrigações para com as outras pessoas (campo da moralidade) decorrem de nossa responsabilidade por nossas próprias vidas. Mas somente em alguns papéis e circunstâncias especiais – principalmente na política – essas responsabilidades para com os outros incluem alguma exigência de imparcialidade entre eles e nós mesmos.

Para reunir coerentemente as várias partes do livro, integrando os valores cuja unidade ele reivindica, Dworkin encontra-se diante da tarefa de conectar ética, moralidade e moralidade política. Para tanto, apoia-se fortemente em dois princípios éticos (princípios sobre como devemos viver nossas próprias vidas) que se emparelham com os dois princípios cardeais do governo legítimo, inicialmente aqui referidos (igual cuidado e especial responsabilidade).

O primeiro princípio ético é o autorrespeito (integrado ao princípio político do igual cuidado). Decorre da responsabilidade de cada um de nós em

[5] Sobre verdade no domínio ontológico e verdade no domínio moral, ver: Klautau Filho (2008, p. 22-30).

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 83 29/8/2012 12:13:53

levar sua própria vida a sério – pensar que importa *como* se vive –, não se e por que acontece de *querermos* viver bem, mas porque reconhecemos que essa é nossa responsabilidade. Devemos tentar dar valor às nossas vidas. Dworkin fala em valor *adverbial*: importa mais *como* se vive, não *o que* se deixa para trás. Certamente, algumas pessoas deixam grandes obras e tesouros: grandes poemas, grandes livros e descobertas...

A maioria de nós almeja viver bem em sentido diverso. Queremos viver bem, diz Dworkin em momento de inspiração aristotélica, do modo como se toca bem uma peça musical ou do modo como se pratica bem um esporte. Isso é suficiente, mais do que suficiente, ele complementa: "é maravilhoso" (DWORKIN, 2011, p. 13).

O segundo princípio ético emparelha-se com o outro princípio soberano da moralidade política (igual responsabilidade). Devemos aceitar a responsabilidade de identificar o que conta como viver bem. Devemos, nós mesmos, fazer isso, sem delegações ou subordinações a terceiros.

Esses dois princípios são substantivos. Eles não são verdadeiros por definição, nem seguem alguma lei imutável da natureza humana. A rigor, eles têm sido, historicamente, mais negados do que afirmados. Apesar disso, Dworkin oferece-os como verdadeiros. Ele pretende mostrar, agora em modo kantiano, que muitos de nós já aceitamos esses princípios no modo como vivemos.

Dworkin remete a Kant, para dizer que devemos aceitar que o que torna esses princípios verdadeiros é nossa humanidade. Isso é algo que partilhamos com todos os outros seres humanos. Tal dimensão da moralidade pessoal decorre da ética mais ampla desses princípios. E dessa moralidade pessoal decorre a moralidade política referida inicialmente.

Mas ele alerta que há uma grande diferença entre a moralidade pessoal e a moralidade política: nós, como governantes, em nosso papel político, devemos tratar todos e cada um com igual cuidado; mas, como indivíduos, não temos essa mesma responsabilidade, acredita Dworkin.

Justifica tal diferença pelo fato de a política ser coercitiva. Nela, estamos todos em posição de causar danos aos outros de uma forma que não seria admissível na dimensão da moralidade pessoal. Estamos nessa posição, porque somos parte de uma comunidade, de uma união política.

Numa democracia, todos estamos em posição de causar danos aos demais. Corremos sempre o risco de tiranizar a dignidade dos outros. É preciso, defende Dworkin, encontrar um modo de conciliar esse fato inescapável da política com nossa moralidade pessoal. Ele entende que não é possível fazer isso por meio de um contrato social: não podemos fazer isso pressupondo um consenso unânime. Podemos e devemos fazê-lo pela aceitação de que essa situação somente poderá ser legítima se todos puderem participar igualmente em três dimensões: igualdade de voto, igualdade de voz e igualdade de interesse. Igualdade de interesse significa que, quando agimos juntos na política, devemos tratar a todos os indivíduos com igual cuidado.

8 CONCLUSÃO

A tese filosófica defendida por Dworkin é complexa e bastante abrangente, mas é de leitura acessível. Dworkin escreve com a clareza e a elegância que marcam sua forma de raciocínio, além de oferecer, ao longo da obra, vários resumos de argumentos favoráveis e contrários às suas posições.

Suas posições filosóficas apresentam importantes repercussões na forma de ver e de pensar o Direito. É, particularmente, inspiradora, provocativa e instigante a ideia de que o Direito é parte de uma teoria geral sobre viver bem.

Como tem feito há mais de quarenta anos, Dworkin convoca a nós, profissionais do campo

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 84 29/8/2012 12:13:53

jurídico, para ocuparmos um posto de observação e de reflexão sobre nossas práticas e instituições que nos permita um distanciamento do automatismo e do tecnicismo das metas em que nos vemos cotidianamente inseridos. Trata-se também de nossa responsabilidade em praticar bem o bom direito.

Se não nos pode oferecer todas as respostas (o que seria descabido no contexto de uma teoria de argumentação interpretativa), Dworkin é certamente um interlocutor único na construção de nossas próprias convicções.

Espero que o leitor descubra em breve o prazer dessa conversa com um dos mais estimulantes intelectuais ligados ao universo jurídico de nosso tempo.

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. **The hedgehog and the fox**: an essay on Tolstoy's View of History. London: Weidenfeld and Nicholson, 1953. 86 p.

DWORKIN, Ronald. **Freedom´s law**: the moral reading of the American Constitution. Cambridge (MA): Harvard University, 1999. 427 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge (MA): Belknap Press of Harvard University Press, 2011. 506 p.

_____. **Law's empire.** Cambridge (MA): Belknap Press of Harvard University Press, 1896. 470 p.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2000. 511 p.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 261 p.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **O direito dos cidadãos à verdade perante o poder público**. São Paulo: Método, 2008. 190 p.

_____. **Igualdade e liberdade**: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos. Belém: CESUPA, 2004.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 280 p.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.

SEN, Amartya. **The idea of justice.** Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SYMPOSIUM: Justice for Hedgehogs: A Conference on Ronald Dworkin's Forthcoming Book. **University Law Review**, v.90, n. 2, abr. 2010. Disponível em: <http://www.concurringopinions.com/archives/2010/05/boston-university-law-review-902-april-2010.html>.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 304 p.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 85 29/8/2012 12:13:53

Poemas

*A JUSTIÇA**

Stéleo Bruno dos Santos Menezes
Desembargador do Tribunal de Justiça
do Estado do Pará

Justiça, a caridade é o teu sustento!
Justiça, a liberdade é o teu mister!
Por isso, és imparcial no julgamento ,
A todos dando o bem que lhes couber.

a cada qual por seu merecimento,
de acordo com o direito que tiver.
Eis o segredo do teu nobre intento –
o reinado da paz que o mundo quer.

Tenhas olhos abertos ou vendados,
Teus tribunais são sempre consagrados
ao culto da bondade e da razão.

E a todo arrependido que te siga
estendes logo a tua mão amiga
na graça generosa do perdão.

* Extraído do discurso de agradecimento do Desembargador Stéleo Bruno dos Santos Menezes ao ser agraciado com a mais alta condecoração do Egrégio Tribunal de Justiça do Pará "Alta Distinção Judiciária". Stéleo já aposentado como Magistrado exibiu publicamente sua verve literária, como poeta, na tradição do grande Bruno de Menezes, seu pai.

VIAGEM DE AMOR

Stéleo Bruno de Menezes

Quero navegar no teu corpo por inteiro
Das fimbrias dos teus cabelos negros
Aos dedos mindinhos dos teus pés.

Quero fazer das minhas mãos remos
A contornar as curvas
Do teu corpo sedutor.

Quero passar no desfiladeiro dos teus
[seios
Fazendo ouvido surdo
Aos cantos das sereias.

Quero enfim
Me aproximar da tua foz
E só então lançando a âncora no teu
[ventre fecundo
Terminar minha viagem de amor.

PARA UM AMOR DISTANTE

Stéleo Bruno de Menezes

Nas viagens dos meus pensamentos
Meu destino és tu
Meu destino é onde estás.

Amor distante,
De olhos brilhantes,
Amor desejado,
E só tardiamente alcançado...

És minha menina ternura,
Plasmada em formosa escultura
És minha índia de bronze...

Quero ao luar, tomar-te em meus braços,
Galopar teu lindo corpo moreno,
Beijar a doçura dos teus seios,
Fazendo amor sem receios.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 90 29/8/2012 12:13:58

Resenhas

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 91 29/8/2012 12:13:58

DIREITO PENAL & DEMOCRACIA

Por
Ana Cláudia Bastos de Pinho[1]
Marcus Alan de Melo Gomes[2]

[1] Mestre e Doutora em Direito (UFPA). Professora de Direito Penal da UFPA. Professora do PPGD/UFPA. Promotora de Justiça.
[2] Mestre e Doutor em Direito (PUC-SP). Professor de Direito Processual Penal da UFPA. Professor do PPGD/UFPA. Juiz de Direito.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). Direito penal e democracia. Porto Alegre : Nuria Fabris, 2010. 359 p. PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). Direito penal e democracia. Porto Alegre : Nuria Fabris, 2010. 359 p.

A coletânea **DIREITO PENAL & DEMOCRACIA**, por nós organizada e publicada, em 2010, pela editora gaúcha Nuria Fabris, teve seu embrião gerado no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará. Numa comunhão de esforços, professores e alunos contribuíram oferecendo trabalhos que analisam temas criminais a partir de um olhar crítico e interdisciplinar, como é indispensável ser feito, se o que se pretende é produzir conhecimento científico comprometido com o aprimoramento social. O grupo não se restringiu, todavia, a uma parceria doméstica. Foi enriquecido com a participação de colaboradores de diversos pontos do território nacional, e mesmo do exterior.

O livro é fruto de nossas inquietações, e desnuda a enorme felicidade que sentimos em poder reunir pessoas que – embora geograficamente distantes – partilham algo em comum: o sonho de humanizar a intervenção penal e contribuir para a sedimentação da democracia constitucional no país.

O resultado do trabalho foi gratificante. Atingimos o objetivo principal que nos havíamos imposto desde o primeiro momento em que pensamos o projeto: contribuir para ampliar o espaço de debate livre e democrático, mas, ao mesmo tempo, comprometido com os mais caros princípios do Estado Democrático de Direito.

Desde diferentes locais (psicanálise, filosofia, direito penal, direito constitucional, antropologia, política criminal, criminologia, direito processual penal) e com a seriedade e qualidade inerentes a pessoas engajadas no processo de democratização do espaço penal, o fenômeno da criminalidade/violência foi apresentado numa perspectiva crítica. Nossos caros amigos e colabores não aceitaram apenas um convite, mas um compromisso.

O livro começa com um artigo corajoso produzido por dois estudantes da graduação em Direito da UFPA. Os irmãos André e Arthur Almeida de Azevedo Ribeiro abordam as dimensões

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 92 29/8/2012 12:13:59

constitucionais do princípio da presunção do estado de inocência e demonstram – a partir de uma comparação com o clássico literário *"O Processo"*, de Franz Kafka – como a mídia pode representar um obstáculo à real concretização de um processo penal verdadeiramente democrático.

Ainda falando sobre mídia, mas agora numa perspectiva de cunho mais político-criminal, Bethânia Falcão Bastos, em *"A Intervenção Penal nos braços da mídia"*, consegue, partindo de uma rica bibliografia que vai além dos limites da dogmática jurídico-penal, apresentar de que forma a mídia controla e determina os rumos da intervenção penal. A autora analisa os discursos oficiais e os discursos reais (escamoteados) do Direito Penal e demonstra os riscos – para o Estado Constitucional de Direito - da falta de uma postura crítica em relação ao que é posto pela fala punitivista.

Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues trazem interessante reflexão crítica em torno do Direito Alternativo e do Garantismo ferrajoliano, mostrando que a racionalidade garantista – ainda calcada em paradigmas positivistas – aniquila o "humano concreto" e, nesse ponto, as lições alternativas hauridas dos pungentes movimentos da década de 80 do século XX podem representar uma boa saída, como espaço de conciliação.

É possível apreensão de droga sem mandado judicial, por meio apenas de "denúncia anônima"? Essa questão que permeia o dia a dia dos que atuam com o Direito e Processo Penal é tema da sempre lúcida e arguta análise de Alexandre Morais da Rosa, em sua cruzada contra as violações de direitos fundamentais por meio de instrumentos de eficientismo penal. A crítica é ácida, porém constitucionalmente fundamentada e, exatamente por isso, necessária.

Buscando sempre a coerência e a integridade (Dworkin), tão urgentes quanto pífias no regime democrático brasileiro, Lenio Luiz Streck nos brinda com uma densa investigação crítica acerca da opção político-criminal do Brasil – de hoje e de ontem - de criminalizar a pobreza, mostrando como os bens jurídicos de maior dignidade constitucional vêm sendo (so)negados (mantendo-se, ainda, um Direito Penal de classes), desvelando, com isso, a pobreza da criminalização.

Também na esteira da investigação sobre bem jurídico-penal, mas partindo de um olhar dogmático, Manuela Bitar Lelis dos Santos defende a importância de estabelecer castigos proporcionais, sempre comparando o valor constitucional do bem jurídico com a resposta penal que se pretende oferecer.

Ainda sobre o mesmo tema, o professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Jorge de Figueiredo Dias – cujo artigo vem precedido da calorosa apresentação de Alberto Silva Franco – defende um *"Direito Penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional"*, trazendo-nos referências tanto da doutrina, quanto da jurisprudência constitucional portuguesa.

Não há dúvidas, pois, que Direito Penal e Direito Constitucional se aproximam, na essência. É o que também vem nos dizer o constitucionalista Antônio Maués, em seu artigo *"Súmulas vinculantes em matéria penal e proteção dos direitos fundamentais"*. O autor adverte para a necessidade de um profundo trabalho hermenêutico no momento de aplicação da súmula vinculante, chamando atenção para a necessária fundamentação, a fim de contextualizar o precedente com o caso a ser julgado, evitando-se as generalizações.

Olhando de fora do Direito, a antropóloga Jane Felipe Beltrão, ladeada por Estella Libardi, Assis da Costa Oliveira e Rosani de Fátima Fernandes, traz à tona *"As pelejas dos povos indígenas contra as 'minas' que 'transformam' a diversidade cultural em crime"*, denunciando, criteriosamente, os preconceitos ainda presentes nas maiorias dominantes que comprometem, dia a dia, a instauração do pluralismo constitucional tão sonhado.

André Boiani e Azevedo e Eric Ribeiro Piccelli trazem sua contribuição enfrentando questão

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 93 29/8/2012 12:14:00

dogmática tão complexa quanto atual: o elemento subjetivo da conduta nos procedimentos médicos com finalidade estética que causam a morte do paciente. A inacabada discussão envolvendo a diferença entre dolo eventual e culpa consciente, sempre potencializada quando o autor da conduta é médico e age no exercício da profissão, constitui o cerne desse interessante trabalho, que se propõe ainda a analisar a competência do Tribunal do Júri em tais casos.

A compatibilidade dos chamados crimes de perigo abstrato com o texto da Constituição Federal de 1988 é a preocupação que o juiz e professor André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca externa em texto que relaciona a teoria do bem jurídico com a própria legitimidade do poder punitivo, num enfoque principiológico.

Direito é linguagem. A partir dessa constatação, Édson Luís Baldan recorre a filósofos como Heidegger, Robles e Ross, para realizar uma verdadeira análise semântica e pragmática da norma penal, sem fugir à polêmica que envolve bordões de interpretação jurídica como a "intenção do legislador" e a "intenção da norma". O artigo é denso, inspirado em questões hermenêuticas de grande importância em matéria penal.

Para que serve o Direito Penal? Essa pergunta nunca satisfatoriamente respondida é o mote das reflexões que Igor Nery Figueiredo traz em interessante texto, que parte de pressupostos político-criminais para analisar o fenômeno da expansão do Direito Penal, representado pelo aumento dos marcos penais, pela prodigalização dos delitos de perigo abstrato e das normas penais em branco, pela desproporcionalidade da resposta penal, pelo recrudescimento da execução das penas, e pela opção por construções teóricas desprovidas de base sólida, como é o caso da responsabilização penal do ente jurídico.

Numa abordagem corajosa, o professor e membro do Ministério Público do Trabalho José Cláudio Monteiro de Brito Filho vai encontrar fora dos conceitos estritamente penais uma definição para jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho, premissa verdadeiramente indispensável para que se possa dar sentido à definição típica do crime de redução à condição análoga de escravo (art. 149 do Código Penal), com a redação estabelecida pela Lei nº 10.803/2003. Uma prova de que nenhum ramo do saber jurídico se basta.

O óbice à progressão do regime de execução da pena de condenado estrangeiro e suas nefastas consequências em relação à dignidade humana é o tema do trabalho de Paulo César Busato. Após um meticuloso estudo da posição adotada pelos tribunais brasileiros sobre a matéria, enriquecido pelas ligações que estabelece entre esse entendimento jurisprudencial de rigor injustificado e o modelo de direito penal da pós-modernidade, o autor conclui que "impedir a progressão de regime de alguém pelo simples fato de ser esta pessoa um estrangeiro é uma verdadeira adoção do chamado *Direito penal do inimigo*".

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 94 29/8/2012 12:14:00

PROVA PENAL & FALSAS MEMÓRIAS

Por
Raimundo Wilson Gama Raiol*

GESU, Cristina di. Prova penal & falsas memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 218 p.

O conteúdo da obra, resultante, com o mesmo título, da dissertação de mestrado de sua autora, na área do direito, envereda pela abordagem transdisciplinar das questões concernentes à memória, inclusive sob os vieses neurológico, antropológico, filosófico e social, mostrando o fenômeno da falsificação da lembrança ou da recordação e sua repercussão no campo da ciência jurídica, notadamente, no processo penal, particularmente, no que tange à prova penal.

A autora, depois de enunciar "não ser a lembrança igual à realidade", atribui a Izquierdo a advertência em relação a uma problemática praticamente ignorada pelos processualistas, qual seja, a de que "a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade", ao que acrescenta que o estudo da percepção, do mesmo modo, justifica a tese da impossibilidade de reconstrução do "todo", do ideal de "busca da verdade", no processo, explicitando que entre a realidade das experiências e a formação da memória e entre esta e a posterior evocação há um processo de tradução (p. 81-82).

Na obra, a memória é definida, sob o viés neurológico, "como a faculdade de reter as ideias, as impressões e os conhecimentos adquiridos" e que também remete à lembrança e à reminiscência, bem como que, segundo Isquierdo, é a "aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações", para quem essa *aquisição* pode ser chamada de aprendizagem, pois somente se grava aquilo que foi apreendido, e, diferentemente, a *evocação* se relaciona à recordação, à lembrança e à recuperação (p. 83).

No que se refere à *percepção*, embora esta se torne mais exata, permitindo a distinção de detalhes, quando se conhece determinado objeto ou pessoa, salienta que a *percepção precedente* pode fomentar erros, o que ganha relevância no processo, principalmente no reconhecimento prévio por fotografia, enquanto ato preparatório do reconhecimento pessoal, dando como exemplo o da vítima ou testemunha, que não poderá identificar o imputado, por não o conhecer e, por isso, não ter sua imagem guardada na memória, mas

[1] Mestre e Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da UFPA/Instituto de Ciências Jurídicas. Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. raimundo.raiol@tjpa.jus.br

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 96 29/8/2012 12:14:00

que, se for, uma ou outra daquelas personagens do processo, induzida por fotografia, talvez se recorde não da pessoa envolvida no delito, porém, da que lhe foi mostrada no álbum (p. 84).

A memória, ainda sob o ângulo neurológico, como consta da obra, pode ser *declarativa*, segundo classificação de Izquierdo, isto é, a memória de fatos, eventos, de pessoas, de faces, de conceitos e de ideias, e subdivide-se em *episódicas* ou *autobiográficas*, respeitantes a eventos dos quais as pessoas participam ou os assistem, e em *semânticas*, relacionadas estas a acontecimentos gerais (p. 85). Vale anotar que as *memórias declarativas* se formam primeiramente em uma região do lobo temporal, o hipocampo, na estrutura cerebral, como explica Izquierdo (p. 87).

Por outro lado, de acordo com a Teoria do Traço Difuso existe a *memória literal*, que, consistindo na codificação precisa de informações cujos detalhes são registrados e armazenados de maneira episódica, é mais suscetível ao esquecimento e à interferência do que a *memória de essência*, que, por sua vez, armazena somente informações inespecíficas (p.85-86).

Além dessas, as memórias podem ser *implícitas*, capazes de durar a vida inteira, em contraposição às *memórias de trabalho* ou *explícitas*, passíveis de durar alguns minutos ou algumas décadas (p. 86).

Ainda dentro da esfera neurológica, há, na obra, a afirmação de que a memória guarda emoções e que o evento se armazena em diferentes locais do cérebro, sendo buscada a demonstração disso por meio do exemplo (colhido de Izquierdo) concernente à queda de um teto sobre a cabeça de algumas pessoas em que a *parte informacional* ou *cognitiva do episódio* (visão dessa queda, fuga do local etc.) está registrada no *hipocampo*, na estrutura cerebral, e armazenada como *memória declarativa*, porém, a *parte emocional* (susto e horror do acontecimento) fica guardada em outro segmento da referida estrutura (amígdala e córtex cortiomedial da área pré-frontal).

Sem sair dessa esfera, levando em conta a influência da emoção para quem funciona como testemunha ou é vítima de um delito, observa-se, segundo a obra, que a tendência da mente humana é guardar a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a *memória cognitiva*, que, por seu turno, seria provida de detalhes técnicos e despida de contaminação decorrente de emoção, subjetivismo ou juízo de valor (p. 89). Ao lado disso, o estresse, ao se intensificar, provocaria a piora das lembranças, possivelmente, para sua fragmentação, como explica Stein (p. 89).

Alude a obra à ideia de "representação aproximativa", que é explicada por Antônio Damásio argumentando haver provas concretas de que a recordação de um dado objeto, um rosto ou uma cena não se obtém mediante uma reprodução exata, mas uma interpretação ou nova versão reconstruída do original e que, alem, disso, à medida que a idade e a experiência se modificam, as versões da mesma coisa evoluem (p. 90). Daí que a memória é essencialmente dinâmica. Por isso, estudo há que demonstra que, pelo uso da prova oral, no processo penal, as testemunhas contem o que viram, ouviram ou sentiram acerca de um fato delituoso, o armazenamento da memória não é absoluto ou completo e, portanto, a capacidade de reprodução do acontecimento é deficitária (p. 90).

A obra abstrai da análise da memória sob o viés antropológico-filosófico que, por mais sejam respeitadas as regras do *due process of law*, há, no que diz respeito à prova testemunhal, dificuldade para "cindir o real do imaginário, ou seja, o acontecimento fático das posteriores contaminações feitas pela memória, pela emoção, pela indução e pelas falsas memórias"

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 97 29/8/2012 12:14:01

(p. 91-92). Contém, em consequência, a assertiva de que a realidade do crime é percebida de uma forma, mas pode ser transmitida de outra (p. 92).

Ao analisar o assunto sob o viés social, a obra aponta a íntima relação da memória com o esquecimento, segundo as teses de Ost e de Virgílio, acentuando que para este "a memória é o que resta quando nós esquecemos, e que não há memória sem esquecimento" (p. 105).

Na explicitação do que significam as falsas memórias, a obra destaca a contribuição de Elizabeth Loftus, mediante a utilização da técnica consistente na "inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito 'falsa informação', no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa" (p.106-107).

Ademais, a obra enfatiza que Loftus realizou pesquisas cujos resultados revelam que "a lembrança pode ser altamente manipulada a partir de informações errôneas sobre acontecimentos nunca vividos", acrescentando que "também pode haver modificação dos fatos realmente vivenciados" (p. 108).

A autora da obra sob comento traz a lume a comparação entre as pesquisas realizadas por Loftus e as concretizadas por outros pesquisadores, para demonstrar as afinidades destas com as falsas memórias.

Assim, reporta-se ao que Gorphe classifica como *erros de invenção* e *erros de compreensão*, o primeiro dos quais resvala para a deturpação de um conjunto ou de uma parte notável da declaração, embora não incidindo sobre alguns detalhes ou elementos mais ou menos importantes, ao invés dos segundos em que há uma falsa interpretação do fato, vindo a se constituir, quando predominante e inclinada ao excesso, em uma categoria situada entre a invenção e a ilusão (p. 110-111). Afirma, consequentemente, que ambos os erros se afinam com as falsas memórias.

De outra monta, vale assinalar que o mecanismo da *confabulação*, que consiste em preencher inconscientemente as lacunas da memória com recordações fantásticas ou com representações estranhas, lógicas e habituais, produtos de associações, de inações e de sugestões que se lhe adaptam automaticamente, é pinçado das lições de Gorphe pela autora da obra resenhada, que, em síntese, vislumbra, sob essa ótica, características que se assemelham muito às das falsas memórias (p. 111-112). Na esteira disso, suscita a hipótese segundo a qual uma testemunha pode introduzir inconscientemente na narração de um delito elementos obtidos de um livro que estava lendo por ocasião daquele fato.

Reproduz a autora o entendimento de Loftus no sentido de existirem dois tipos de falsas memórias: "as ocorridas de fatos que não existiram e o ressurgimento de lembranças recalcadas a partir da inflação da imaginação" (p. 112).

Corresponde ao primeiro desses tipos o da *implantação da falsa memória*, como ocorre no caso de recordação de acontecimentos fictícios da infância em que a fonte de informação foi esquecida e, também, no caso em que o participante se familiariza com os detalhes (p. 112).

Agregadora de esclarecimento ao primeiro desses casos se afigura a assertiva de Loftus lembrada pela autora (p. 112):

> "o fato de imaginar um acontecimento o torna mais familiar, e a familiaridade é então falsamente associada às lembranças da infância. Uma confusão como essa – esquecer a fonte de uma informação – pode ser típica de experiências infantis".

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 98 29/8/2012 12:14:01

No tocante ao segundo dos referidos casos, há que se considerar bem explicitadora a afirmação de Loftus, transcrita pela autora (p. 112):

> "as falsas lembranças são elaboradas pela combinação de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas. Durante o processo, os participantes ficam suscetíveis a esquecer a fonte da informação. É um exemplo clássico de confusão de fonte, em que conteúdo e fonte estão dissociados".

A autora coloca sob esse enfoque a assunção da culpa, mediante confissão escrita, como decorrência de induzimento a relatar acontecimentos não experimentados, e a possibilidade de uma testemunha ou vítima apresentar um relato não verdadeiro, com base na falsificação da recordação, bem como a situação em que, por falta de vestígios ou quando forem apagados pelo tempo, a testemunha, como único meio elucidativo, pode sofrer induzimento por parte de parentes, amigos, policiais ou julgadores (p. 113).

A autora faz a distinção entre as falsas memórias e as mentiras, valendo-se do discernimento de Miranda quanto a que nas primeiras as pessoas realmente acreditam em que algo aconteceu, mas nas segundas há um processo consciente de inventar ou escamotear a realidade (p. 114).

Como corolário da preocupação da autora com o tema relacionado à prova penal e falsas memórias, sobreleva citar algumas de suas observações:

a) "as garantias processuais, por si só, não são suficientes para contornar a problemática das falsas memórias" (p.137);
b) a colheita da prova em prazo razoável minimiza as contaminações a que está sujeita, objetivando-se suavizar a influência do tempo (esquecimento) sobre a memória e resguardá-la de influências externas, oriundas da vítima, seus parentes, testemunhas, mídia etc. (p. 173);
c) a adoção de técnicas de interrogatório e entrevista cognitiva, pois permitem obter informações quantitativa e qualitativamente superiores a das entrevistas tradicionais e altamente sugestivas (p. 173);
d) gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual, principalmente por assistentes sociais e psicólogos, permitindo ao juiz dispor de um completo registro eletrônico dos fatos (p.173).

Enfim, a obra, incluindo três estudos de casos (cap. IV), serve como precioso elemento de consulta a respeito da valoração da prova penal.

*Mestre e Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da UFPA/Instituto de Ciências Jurídicas. Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 99 29/8/2012 12:14:01

Papel certificado pelo FSC, que garante que a origem da madeira é correta,
proveniente de florestas plantadas e sustentadas

REVISTA NOVA 7 alterada finalizada.indd 101 29/8/2012 12:14:02